Das Gegenseitige Testament.

Ernst vom Hofe

Das Gegenseitige Testament.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Ernst vom Hofe

aus Berlin.

MARBURG 1932

Druckerei W. May
Köln, Trajanstr. 39 Tel. 94702

Als Dissertation

von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

angenommen am 21. November 1930.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof.Dr. Leonhard.

---===---

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern in Dankbarkeit gewidmet.

Gliederung.

Seite

A. Vorbemerkung: Die Aufgabe der Arbeit. 5

B. Ausführung:

I. Die geschichtliche Entwicklung des gegenseitigen Testamentes. 8

II. Die rechtliche Natur des gegenseitigen gemeinschaftlichen und des gegenseitig bedingten Testamentes. 16

III. Die Voraussetzungen:

1. Die Errichtung des gegenseitigen gemeinschaftlichen und des gegenseitig bedingten Testamentes. 24

2. Die Eröffnung des gegenseitigen gemeinschaftlichen und des gegenseitig bedingten Testamentes. 35

3. Der Inhalt des gegenseitigen gemeinschaftlichen und des gegenseitig bedingten Testamentes. 37

IV. Die Wirkungen:

1. In bezug auf die Erblasser.

a) Die Gebundenheit der Erblasser an frühere Verfügungen, ... 41
b) Die Fähigkeit der Erblasser zur Errichtung späterer Verfügungen.
α) Unter Lebenden, ... 42
ß) Von Todes wegen. 44

2. In bezug auf dritte Personen.

a) Die Stellung und Ansprüche der bedachten Dritten nach dem Testament. . . 60
b) Die Ansprüche Dritter nach dem Gesetz. . 71

C. Schlussbemerkung. . . . . 7[illegible]
Literatur.

A. Vorbemerkung.

Die letztwilligen Verfügungen zweier Erblasser bezeichnet man als gegenseitig, wenn jeder Erblasser den anderen, oder, mit Rücksicht auf diesen, eine Person, die dem anderen Erblasser nahesteht, testamentarisch bedenkt. Man nennt allgmein die Testamente, in denen derartige Verfügungen enthalten sind, gegenseitige Testamente. Daneben wird auch ein einzelnes Testament als gegenseitiges Testament bezeichnet, wenn der Erblasser bei der Errichtung von der Voraussetzung ausging, der Bedachte werde ihn selbst oder einen ihm nahestehenden Dritten zum Erben einsetzen. Jenachdem diese Annahme des Erblassers in seinem Testament mehr oder weniger stark zum Ausdruck gebracht ist, lassen sich im wesentlichen zwei Gruppen dieser gegenseitigen Testamente unterscheiden.

Die eine Gruppe ist diejenige, bei der, trotz Fortfalls der erwarteten Gegenverfügung, die Verfügung des Erblassers weiter bestehen bleibt. Die letztwillige Bestimmung bleibt gültig, wenn feststeht oder mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass der Erblasser seine Verfügung so auch getroffen haben würde, wenn er gewusst hätte, dass die Gegenverfügung nicht erfolgen werde oder sich als ungültig erweisen sollte. Sie bleibt wenigstens vorläufig bestehen, wenn die Annahme des Erblassers, der Bedachte habe die erwartete Gegenverfügung getroffen, lediglich als Motiv für die eigene Verfügung erwähnt ist, ohne zur Bedingung erhoben zu sein. Dann bedarf es erst einer erfolgreichen Anfechtung, um das Testament ungültig zu machen.

Diese beiden Fälle der ersten Gruppe gegenseitiger Testamente bieten keinerlei allgemeine, rechtlich interessante Fragen. Es ist Sache der Auslegung im Einzelfalle, den Willen des Erblassers zu ermitteln. Die Gültigkeit der Verfügungen richtet sich dann nach den allgemeinen Bestimmungen über das Testament, die hier nicht näher ausgeführt zu werden brauchen.

Die zweite Gruppe gegenseitiger Testamente bilden die, bei denen der Bestand der letztwilligen Verfügung des Erblassers abhängig ist von dem Bestande der erwarteten Gegenverfügung. Man bezeichnet diese »echt gegenseitigen Verfügungen«[1] auch noch als abhängige,[2] wechselseitige,[3] wechselbezügliche,[4] oder korrespektive[5] Verfügungen. Das Gesetz selbst schafft ein solches Abhängigkeitsverhältnis beim gemeinschaftlichen Testament. Ist in einem gemeinschaftlichen Testament erkenntlich, oder auf Grund der gesetzlichen Vorschriften (§ 2270 Abs. 2) zu vermuten, dass das Motiv zu einer Verfügung die Erwartung des Bestandes einer entsprechenden Gegenverfügung war, so behandelt das Gesetz beide Verfügungen als gegenseitig bedingt. Durch diese Bestimmungen ist jeder Erblasser dagegen gesichert, dass seine Verfügungen auch dann noch gültig bleiben, wenn die Gegenverfügungen des anderen Ehegatten durch Widerruf oder wegen Nichtigkeit fortgefallen sind. Die Rechtslage, wie sie durch diese gesetzlichen Bestimmungen beim abhängigen gemeinschaftlichen Testament geschaffen ist, entspricht, wie noch näher ausgeführt werden soll, dem Willen der Erblasser beim streng gegenseitigen Testament in allen Punkten nahezu vollkommen. Ein gemeinschaftliches Testament kann aber nach heutigem Recht nur von Ehegatten errichtet werden. Anderen Personen, die auch das Bedürfnis zur Errichtung gegenseitiger Testamente haben können, wie etwa Verwandten, Geschwistern oder Freunden, bleibt nur der Weg über die Bedingung, um zu versuchen, zum gleichen Ziele zu gelangen.[6] Da heute aufschiebende wie auflösende Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen uneingeschränkt zulässig sind, so scheint es nicht schwer, ein Verhältnis

1) Endemann § 63.
2) Leonhard zu § 2270.
3) Cosack § 124, 126 II 2.
4) Kipp § 24.
5) Nach der römischen Bezeichnung testamentum correspectivum so Strohal § 43, Dernburg § 89 u.a.
6) Abgesehen vom gegenseitigen Erbvertrage, der, wenn er unter Vorbehalt des Rücktritts geschlossen ist, dem gemeinschaftlichen Testament allerdings sehr nahe kommt, aber doch stets der besonderen Form bedarf und deshalb als Ersatz für das gemeinschaftliche Testament ausscheiden muss.

der echten Gegenseitigkeit auch zwischen Einzeltestamenten herzustellen[1]. Ob und wieweit sich dadurch allerdings eine Regelung gleich oder ähnlich der beim gemeinschaftlichen Testament erzielen lässt, ist nicht ohne weiteres zu übersehen.

Die Aufgabe dieser Arbeit soll es daher sein, eine allgemeine Darstellung des streng gegenseitigen Testamentes in seinen beiden Arten als gegenseitig bedingtes und gegenseitig gemeinschaftliches Testament zu geben und gleichzeitig zu untersuchen, ob diese beiden in ihrem Ziele so nahe verwandten Testamentsarten auch sonst in ihrer rechtlichen Natur und in ihren Rechtsfolgen einander weitgehend entsprechen.

1) Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. III, S. 171, § 27, Anm. 1; Boehm, Das Erbrecht, § 66 IV, Motive S. 254.

B. Ausführung.

I. Die geschichtliche Entwicklung des gegenseitigen Testamentes.

Die geschichtliche Entwicklung eines Rechtsinstituts ist, wie die des Rechtes überhaupt, im wesentlichen bedingt durch die allgemeine kulturelle Auffassung, die in einer Rechtsgemeinschaft in den verschiedenen Zeitabschnitten vorherrscht. Hinzu tritt für die Ausgestaltung des Rechtsinstitutes im einzelnen der Einfluss der besonderen Verhältnisse, unter denen es im Verkehr seine Anwendung findet.

Unser heutiges Recht hat seinen Ursprung teils im römischen, teils im germanischen Rechtskreise. Das Recht der Römer war ein Herrenrecht mit seiner scharfen Abgrenzung der Rechtssphäre der Einzelpersönlichkeit[1]. Dieser Individualismus des klassischen römischen Rechts kommt auch im Erbrecht stark zum Ausdruck. Dem Empfinden des Römers nach bestimmte allein der Erblasser frei nach seinem Willen über die Verteilung seines Nachlasses. Zwar war auch in Rom eine gesetzliche Erbfolgeordnung bekannt, aber sie galt nur als ein letzter Notbehelf, wenn jegliche Verfügung des Verstorbenen über seinen Nachlass fehlte. Dieser über den Tod hinausgehende Wille des Erblassers ist also das Wesentliche des römischen Erbrechts[2]. Daher war auch die Errichtung eines Testamentes nicht nur ein Recht, sondern vielmehr eine Pflicht, deren ordnungsgemässe Erfüllung dem Römer Ehrensache war[3]. Dieser hohen Bedeutung des Testaments entsprachen die Anforderungen, die an den Inhalt im einzelnen gestellt wurden. Die Verfügungen sollten stets klar und fest getroffen sein, sie muss-

1) Der Geschlechterstaat, in dem Recht und Eigentum nicht dem Einzelnen zustehen, sondern der Gemeinschaft, ist in Rom frühzeitig überwunden und hat auf das Recht der späteren Zeit keinen Einfluss mehr auszuüben vermocht.

2) Lasalle, Das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwicklung, insbesondere S. 21 ff. Leipzig 1861.

3) Leonhard, Das römische Recht in der Encyklopädie der Rechtswissenschaften, herausgeg. v. Birkmeyer, § 102, S. 174.

ten unabhängig sein von jeder Einwirkung und dem Willen eines Dritten[1]). Die Erbschaft durfte dem Empfinden des Römers nach nicht zu einer Art Handelsobjekt gemacht werden, d. h. Verfügungen nicht getroffen werden, um einer Gegenverfügung willen, und jede vertragliche Vereinbarung über den Nachlass erschien dem Römer als unsittlich[2]). Allein das Wohlwollen - benevolentia - sollte der Beweggrund sein für die Verfügung des Erblassers[3]).

Aus dieser ethischen Grundauffassung ergibt sich ohne weiteres, dass das gegenseitige Testament mit seiner weitgehenden Abhängigkeit der Verfügungen voneinander ganz allgemein in Rom keine grosse Verbreitung und Entwicklung gefunden haben kann. Hinzu kommt ferner, dass die heutigen Formen des gegenseitigen Testaments, das gemeinschaftliche und das gegenseitig bedingte Testament in Rom teils unbekannt, teils ausdrücklich verboten waren.

Das Bedürfnis zur Errichtung gemeinschaftlicher Testamente ergibt sich am stärksten aus der ehelichen Lebensgemeinschaft. Haben Ehegatten ihre Angelegenheiten während ihrer Lebzeit gemeinsam beraten und geregelt, so werden sie auch das Bedürfnis haben, für den Todesfall eine gemeinschaftliche Regelung über ihren Nachlass zu treffen. Besonders wird ein solches Bedürfnis sich bei einer Gütergemeinschaft der Gatten ergeben. Diese war aber dem römischen Recht unbekannt - überhaupt war dem Individualismus Roms die uns geläufige Form der Ehegemeinschaft fremd. In bezug auf das Vermögen der Gatten galt das sog. Dotalsystem, welches stets eine scharfe Trennung der beiderseitigen Vermögensmassen aufrecht erhielt[4]). Ein Bedürfnis für ein gemeinschaftliches Testament bestand daher in Rom nicht. Eine andere Erklärung für das Fehlen des gemeinschaftlichen Testamentes im römischen Recht geben Dernburg Pr. Pr. R. Bd. 3, § 182; Endemann, Erbrecht § 62 II, und die meisten älteren Schriftsteller, die annehmen, dass ein solches Testament nicht zulässig gewesen

1) Sell, Versuche im Gebiete des Zivilrechts, 2. Teil, 3. Abt., § 66.
2) Windscheid-Kipp, Bd. 3, § 529, Anm. 2.
3) Leonhard, Das römische Recht, § 102, S. 174; Steinfeld, Ueber den Grundsatz der benevolentia für die Gültigkeit letztwilliger Zuwendungen, Marburger Dissertation. Celle 1884, S. 7.
4) Sohm, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 16. Aufl., S. 629, 636 f.

sei, da die erforderliche unitas actus bei den Testamenten beider Erblasser nicht gewahrt werde[1)2)].

Aber nicht nur gemeinschaftlichen Verfügungen, sondern auch den durch einfache Bedingung abhängig gemachten gegenseitigen Verfügungen steht das römische Recht im wesentlichen ablehnend gegenüber. Zwar lässt das römische Rescht die Bedingung bei Testamenten zu, wenigstens soweit es sich um die aufschiebende Bedingung handelt[3)]. Aber es behandelt gerade die Bedingung, die den Bestand der Verfügung abhängig macht vom Bestande einer erwarteten Gegenverfügung als unsittlich. Es erklärt sogar nicht nur, wie sonst, die unsittliche Bedingung, sondern die ganze sog.kaptatorische Verfügung für unwirksam.

Der Senatsbeschluss, in dem dies bestimmt war, ist uns nicht erhalten geblieben. Die Hauptsätze, aus denen die Ungültigkeit der kaptatorischen Verfügung hervorgeht, finden sich bei Papinian L. 71 D. 28,5

> Captatorias institutiones non eas senatus improbavit, quae mutuis affectionibus judicia provocaverunt, sed quarum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis[4)].

Der Senatsbeschluss galt sogar für das Soldatentestament[5)], für das im allgemeinen,wie schon erwähnt, die weitgehendsten Erleichterungen getroffen waren. Ihre Erklärung findet diese Regelung grundsätzlich wohl in der oben besprochenen allgemeinen ethischen Auffassung von der Ausschaltung jedes fremden Einflusses bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen und in dem Erfordernis der bene-

---

1) Dagegen siehe Kipp § 24, Anm.6 und die eingehenden Ausführungen bei Hartmann:Erbverträge S. 93 f. und Windels: Das gemeinschaftliche Testament. Diss.Leipzig 1903,S.4f.
2) Vorübergehend war auch in Rom das gemeinschaftliche Testament anerkannt unter Valentian III Nov.Val.21,1.Aber Justinian hat diese Regelung nicht mit übernommen. Eine Ausnahme scheinen die Soldatentestamente zu bilden L.19, C. de pact. 2,3. Aber hierbei ist zu bedenken, dass für Soldatentestamente jede nur mögliche Erleichterung getroffen war und daher die Regelung für das Soldatentestament zur Untersuchung von allgemeiner Fragen nicht in Betracht gezogen werden kann.
3) Auflösende Bedingungen waren nicht erlaubt: »Semel heres semper heres». L.15, § 4 D 29, 1.
4) Auch Vermächtnisse. L. 64 D 30.
5) Const. 11 C. 6, 21.

volentia bei allen letztwilligen Zuwendungen. Die besonders scharfe Ausgestaltung und Durchführung aber erklärt sich aus den speziellen Verhältnissen jener Zeit in Rom[1]. Der Senatsbeschluss richtete sich gegen die ausserordentlich verbreitete Erbschleicherei, die damals mit grosser Schlauheit und Skrupellosigkeit betrieben wurde[2]. Der Vorgang hierbei war etwa folgender:

Der Erbschleicher macht ein Testament, in dem er einen anderen einsetzt unter der Bedingung, dass dieser auch ihn, den Erbschleicher oder eine andere von diesem bezeichnete Person in seinem Testamente bedenken werde. Von der Verfügung lässt er dem anderen unter der Hand Kenntnis zukommen, wodurch dieser veranlasst werden soll, in seinem Testament den Erbschleicher zu bedenken. Ist dieses Ziel erreicht, so vernichtet der Erbschleicher sein Testament wieder und hat nun die Aussicht, den anderen zu beerben, ohne dass dieser eine gleiche Aussicht hätte, für den Fall, dass der Erbschleicher zuerst sterben sollte.

Um diese weitverbreitete Unsitte wirksam zu unterbinden, wurden durch Senatsbeschluss die kaptatorischen Verfügungen für ungültig erklärt. Der in solchen Verfügungen Bedachte sollte wissen, dass sie nicht anerkannt würden. Es bestand dann für ihn keine Veranlassung, den Erbschleicher seinerseits zu bedenken. Aus diesen Umständen heraus, die den Grund zu dem Senatsbeschluss bilden, ist es ohne weiteres verständlich, dass er sich nur gegen Bedingungen richtete, die auf die Zukunft abgestellt waren. Bezog sich der Testator auf ein bereits errichtetes Testament, so konnte hierbei eine Erbschleicherei nicht beabsichtigt sein. Gleichfalls ausgenommen waren Verfügungen, die auf gegenseitiger Zuneigung beruhten[3]. Diese Ansicht ist allerdings nicht unbestritten. So führt u. a. Thibaut[4] aus, dass nicht jede sog. kaptatorische Verfügung im eigentlichen Sinne kaptatorisch sei. Lediglich die böse Absicht mache sie dazu. Der Senatsbeschluss habe aber, um wirksam durchgreifen zu können, alle Verfügungen, die kaptatorische Form hätten, für ungültig er-

1) Sell, Versuche, 2. Teil, 3. Abt., § 66.
2) Friedländer, Sittengeschichte Roms.
3) Steinfeld, S. 33 f.
4) Thibaut, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, Jena 1817. I, 1. Buch, 4. Abhandlg. S. 62 f.

klären müssen. Dem ist auch vollkommen beizustimmen. Das hindert aber nicht, dem ausdrücklichen Wortlaut der Quellenstelle L. 71 D. 28,5 nach dort eine Ausnahme zu machen, wo aus der letztwilligen Verfügung selbst ausdrücklich oder doch stillschweigend aus dem Zusammenhange hervorgeht, dass die Einsetzung allein aus gegenseitiger Zuneigung erfolgt ist[1)2)]. In diesem weiteren Sinne kannte auch das römische Recht gültige gegenseitige Testamente. Streng gegenseitige Testamente dagegen fielen unter das Verbot kaptatorischer Verfügungen und waren nichtig.

Dieses Verbot der kaptatorischen Verfügungen wurde durch die Reception mit in das gemeine Recht übernommen. Die Uebernahme erfolgte, wie die so mancher anderer Bestimmungen, rein schematisch, ohne dass die Anschauungen und Verhältnisse, die diese Regelung in Rom verständlich und notwendig machten, in Deutschland vorhanden gewesen wären. So versteht es sich denn von selbst, dass bei der Befreiung des deutschen Rechtes von den starren Buchstaben der Pandekten durch die Partikulargesetzgebung die Bestimmungen über die kaptatorischen Verfügungen verschwanden[3)].

Auch im Bürgerlichen Gesetzbuch finden sich keine besonderen Bestimmungen über die Unzulässigkeit von Bedingungen im Testament. Eine unsittliche, verbotene oder unmögliche Bedingung macht die letztwillige Verfügung wie jedes andere Rechtsgeschäft ungültig[4)]. Die kaptatorische Form allein genügt aber nicht, die Bedingung ohne weiteres als unsittlich erscheinen zu lassen.

Im Gegensatz zum römischen Recht hat sich im deutschen Recht der kollektivistische Grundzug der älteren Zeit auch später in mancher Hinsicht erhalten. Zwar hat auch bei uns mit fortschreitender Entwicklung der In-

1) Seil, Versuche, § 66, Anm. 7.
2) Beispiele s. bei Thibaut, a.a.O.
3) So z. B. für Preussen durch das Allgemeine Landrecht.
4) Im Gegensatz zum römischen Recht, in dem ausser bei kaptatorischen Verfügungen unsittliche, unerlaubte und unmögliche Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen als nicht geschrieben galten. Windscheid-Kipp I § 94.

dividualismus in Kultur und Wirtschaft das Recht der Einzelperson stark in den Vordergrund gestellt, aber z.B. im Familienrecht und besonders im ehelichen Güterrecht sind uns auch heute noch der Begriff der Familie als Einheit, der Begriff eines Familienbesitzes und der Begriff des "gemeinsamen Vermögens" der Eheleute geläufig, auch wenn die Gatten nicht in Gütergemeinschaft leben. Dieser Entwicklung verdankt das gegenseitige Testament seine Regelung im Gesetz. Zwar ist es unmittelbar als selbständiges Rechtsinstitut nicht erwähnt, da es sich aber nach der oben angedeuteten Entwicklung als notwendig erwies, das gemeinschaftliche Testament für Verfügungen über das "gemeinsame Vermögen" von Ehegatten zuzulassen, ergab sich hieraus die Notwendigkeit, besondere Vorschriften über die Gegenseitigkeit der Verfügungen zu treffen, da ein solches Verhältnis der Verfügungen fast stets von den Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament beabsichtigt sein wird.

Die geschichtliche Entwicklung des gegenseitigen Testaments im deutschen Recht war im Einzelnen kurz folgende: In der älteren Zeit, in der der Einzelperson Rechte nur zustanden als Mitglied einer Gemeinschaft, der Sippe, konnte es Verfügungen von Todes wegen nicht geben. "Der Erbe wird geboren, nicht gekoren". In späterer Zeit, als das Privateigentum des Einzelnen sich mehr und mehr durchsetzte, half man sich durch Vergabung seiner Habe bei Lebzeiten, d. h. durch vertragsmässige Einsetzung eines Dritten, bei der man sich entweder den lebenslänglichen Niessbrauch vorbehielt, oder dem Bedachten das Eigentum aufschiebend bedingt übertrug[1]. Diese Vergabungen finden sich als einseitige und gegenseitige. Im späteren Mittelalter gelangt dann allmählich der Erbvertrag zur Anwendung und schliesslich findet aus dem römischen Recht auch das Testament in Deutschland Eingang. Einem allgemeinen Bedürfnis entsprechend, setzt sich aber in Deutschland sogleich das gemeinschaftliche Testament durch, begünstigt durch den Umstand, dass die Juristen schon seit der Zeit der Postglossatoren irrtümlich annahmen, das gleiche Institut sei auch im römischen Recht allgemein an-

1) Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd. 5, § 298; Meyer, Das gemeinschaftliche Testament, S. 7, mit weiterer ausführlicher Literaturangabe in Anm. 11.

erkannt gewesen[1]. Das gemeinschaftliche Testament war hauptsächlich unter Ehegatten üblich und in einigen Teilen Deutschlands ausdrücklich für sie vorgeschrieben[2]. Es gab zunächst nur gegenseitig gemeinschaftliche Testamente[3], erst später sank das Wesen des gemeinschaftlichen Testamentes zu einer blossen Form der Errichtung hinab.

Nach gemeinem[4] und auch nach sächsischem[5], bayerischem[6] und württembergischem[7] Recht war das gemeinschaftliche Testament allgemein zulässig. Für Preussen war im allgemeinen Landrecht die Errichtung von gemeinschaftlichen Testamenten auf Ehegatten beschränkt. A.L.R. I 12, §§ 614 - 616, II 1, §§ 482-494. Der code civil[8] schliesslich kennt ein gemeinschaftliches Testament nicht.

Bei Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches waren die Meinungen über den Wert des gemeinschaftlichen Testamentes sehr geteilt. Es hatte sich in der Praxis herausgestellt, dass gerade das gegenseitige gemeinschaftliche Testament mit seiner Abhängigkeit der Verfügungen voneinander immer wieder Anlass zu Rechtsstreitigkeiten der Hinterbliebenen gegeben hat, die nicht stets zu einer befriedigenden Lösung gebracht werden konnten. Deshalb wurde auch im ersten Entwurf das gemeinschaftliche Testament ausdrücklich für unzulässig erklärt (§ 1913)[9]. Hiergegen erhob sich jedoch, wie zu erwarten war, lebhafter Widerspruch in der Literatur[10] und auch in der Praxis[11]. Mit Recht wur-

1) Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten, Braunschweig 1860, S. 110.
2) So im älteren württembergischen Recht, für Bamberg, Kempen, Nördlingen, Fulda und durch die lippische Verordnung von 1788, nach Hartmann, Erbverträge, S. 109.
3) Beseler, Erbverträge, Teil II, Bd. I, S. 325 f., Meyer S. 11, Gem. T.
4) Siehe Loewenwald, Die gemeinschaftlichen Testamente im Bürgerlichen Gesetzbuch, mit eingehender Berücksichtigung der bisherigen Rechtssysteme 1899, S. 7, Anm. 1.
5) Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, Art. 2196 - 2202 und 2214.
6) cod. Maxim., Teil III, Kap. IV, § 10.
7) Württemb. Landrecht, Teil III, Tit. 7, §§ 1 und 5.
8) Code civil, Art. 968.
9) Ausführliche Begründung siehe Mot. Bd. V, S. 253 f.
10) Planck, Arch.Ziv.Prax.Bd.75, S.403 f.; Baron, Arch.Ziv. Prax.Bd.75, S. 240 f.; Mommsen, Arch.Ziv.Prax. Bd. 76, S. 189 f.; ferner Enneccerus, Gierke u.a., s. gutachtl. Aeusserungen zum Entwurf, Bd. V, S. 43 f.
11) Verhandlg. des 20. Deutschen Juristentages, Bd. IV, S. 325 f., 444 f.

de darauf hingewiesen, dass ein Bedürfnis nach einer gemeinschaftlichen Testamentsform vorliege, zum mindesten bei Ehegatten, die gewohnt, ihre Angelegenheiten im Leben gemeinsam zu regeln, auch das Verlangen hätten, ihre letztwilligen Verfügungen gemeinschaftlich zu treffen[1)2)]. Diese Erwägungen führten denn auch dazu, dass von der 2. Kommission das gemeinschaftliche Testament für Ehegatten zugelassen wurde.

Wenn auch das gemeinschaftliche Testament heute keineswegs mehr gegenseitige Verfügungen zu enthalten braucht, so finden sich in der Praxis doch kaum Testamente, in denen die Ehegatten einander nicht gegenseitig bedenken, oder nicht sonst Verfügungen treffen, die sie ohne die Verfügungen des anderen Ehegatten so nicht getroffen haben würden. Das gemeinschaftliche Testament ist heute diejenige Form letztwilliger Verfügungen, in der streng gegenseitige Verfügungen am häufigsten zu finden sind. Das gegenseitig bedingte Einzeltestament tritt dagegen in seiner praktischen Verwendung weit in den Hintergrund. Wodurch diese Vernachlässigung des gegenseitig bedingten Testamentes bedingt und ob sie gerechtfertigt ist, kann erst die nähere Untersuchung beider Rechtsinstitute ergeben.

1) Denkschrift, S. 432.
2) Der gegenseitige Erbvertrag genügt hier nicht, denn er müsste ausdrücklich unter Vorbehalt des Rücktritts und in gerichtlicher oder notarieller Form errichtet werden. Umstände, die viele Erblasser von dieser Art der Errichtung zurückhalten werden.

II. Die rechtliche Natur des gegenseitigen gemeinschaftlichen und des gegenseitig bedingten Testamentes.

Das gegenseitige Testament ist, wie jede letztwillige Verfügung, ein Rechtsgeschäft von Todes wegen, dazu bestimmt, die Angelegenheiten des Erblassers seinem Willen gemäss nach seinem Tode zu regeln.

Das gegenseitige gemeinschaftliche Testament setzt sich, wie der Name sagt, aus den letztwilligen Verfügungen mehrerer Erblasser zusammen - nach bürgerlichem Recht stets nur aus den Verfügungen zweier Ehegatten (§ 2265). Ein gemeinschaftliches Testament muss seiner rechtlichen Natur nach keineswegs immer gegenseitige oder abhängige Verfügungen enthalten. Das Wort »gemeinschaftlich» will auch nicht zum Ausdruck bringen, dass es sich um gemeinsame Verfügungen der Ehegatten handelt. Vielmehr liegen stets zwei selbständige letztwillige Verfügungen der Erblasser vor[1], zwischen denen nicht der geringste inhaltliche Zusammenhang notwendig zu bestehen braucht[2]. Lediglich das Bewusstsein des Zusammenwirkens und die Errichtung der Verfügungen in gemeinsamer Urkunde unterscheiden demnach das gemeinschaftliche Testament von zwei gewöhnlichen Einzeltestamenten der Erblasser.

Diese einfache rechtliche Struktur ändert sich grundlegend, wenn das gemeinschaftliche Testament ein streng gegenseitiges ist. Strenge Gegenseitigkeit, Korrespektivität oder Abhängigkeit besteht zwischen Verfügungen der Ehegatten, von denen anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die des anderen getroffen sein würde (§ 2270,2). Liegt diese Abhängigkeit zweier Verfügungen vor, so haben Nichtigkeit oder Widerruf einer dieser Verfügungen die Nichtigkeit der Gegenverfügung des anderen Gatten zur Folge (§ 2270,1).

---

1) Es ist deshalb auch für gemeinschaftliche Testamente der doppelte Steuerstempel für Verfügungen von Todes wegen erforderlich. KG. Bd. 22 B, S. 18, RG. 50,308.

2) Leonhard, § 2265, IV, 3.

Die Abhängigkeit kann auch eine einseitige sein, indem nur einer der Ehegatten den Bestand seiner Verfügungen vom Bestande der Verfügungen des anderen Gatten abhängig sein lassen will. Auf diese einseitig abhängigen Verfügungen finden aber die Sonderbestimmungen der §§ 2270, 2271 keine Anwendung. Hat der andere Ehegatte seine Verfügungen widerrufen oder erweisen sie sich als nichtig, so können die Gegenverfügungen nur nach § 2078,2 angefochten werden[1].

Die rechtliche Natur des Abhängigkeitsverhältnisses der Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament ist viel umstritten worden. Der Gesetzgeber hat dafür keine andere Erklärung gefunden, als die eines "Zusammenhanges im Motiv"[2]. Allein ein Zusammenhang im Motiv würde bei Fortfall einer Verfügung nicht die unmittelbare Unwirksamkeit der Gegenverfügung rechtfertigen, der Fortfall könnte dem anderen Ehegatten nur ein Anfechtungsrecht erzeugen[3].

Eine andere Erklärung geben Endemann[4] und P. Meyer[5], die die Verfügungen der Ehegatten als Gesamtverfügungen auffassen und darin das Abhängigkeitsverhältnis begründet sehen. Mag es schon zweifelhaft sein, ob man nach heutigem Recht eine Gesamtverfügung trotz der Vorschrift des § 2064 im Testamentrecht anerkennen kann[6], so ist es jedenfalls sicher, dass die Regelung, wie sie im § 2271 für die Zurücknahme einer Verfügung durch einen Ehegatten getroffen ist, mit der Natur der Gesamtverfügung nicht in Einklang zu bringen ist[7]. Denn ein Gesamtakt kann von den Beteiligten nur gemeinsam begründet und naturgemäss auch nur gemeinsam wieder aufgehoben werden. Bei

---

1) Leonhard, § 2270, IV; Strohal, § 43 a, Anm. 9; Planck, § 2270,2; und mit ausführlicher Begründung nach dem Wortlaut des § 2270,1 Mattes: Das gemeinschaftl. Testament. Giessener Diss. 1902, S. 29 unter II 1. A.M. Cosack, § 389,3b, Dernburg V, § 89, I. 3.
2) Prot. V, S. 145.
3) Dernburg, § 92, II.
4) Endemann, § 63, IV.
5) Meyer, § 49, zu Anm. 12 f. Lehrbuch.
6) Leonhard, § 2064, IV, und § 2269, I.B.; Kipp, §27, Anm. 4.
7) Hendrichs, Die rechtliche Natur des gemeinschaftlichen Testamentes nach dem Recht des BGB., Rost. Diss. 1901, S. 31.

einem gemeinschaftlichen Testament kann aber jeder der Ehegatten seine Verfügungen bei Lebzeiten des anderen ohne weiteres aufheben. Im § 2271, I ist lediglich Vorsorge getroffen, dass der andere Ehegatte von der Aufhebung Kenntnis erlangt, damit er seine letztwillige Verfügung den veränderten Umständen gemäss treffen kann.

An dem freien Widerrufsrecht jedes Erblassers scheitert auch der Vergleich der Abhängigkeit der Verfügungen des gemeinschaftlichen Testamentes mit der Abhängigkeit von Verfügungen bei gegenseitigen Verträgen allgemein[1]). Denn beim gegenseitigen Vertrage ist jeder Vertragspartner fest gebunden und es bedarf im Gegensatz zum gemeinschaftlichen Testament eines besonderen ausdrücklichen Vorbehaltes, wenn einer der Beteiligten sich die Möglichkeit offen halten will, jederzeit nach seinem Belieben widerrufen zu können.

Auch die von Windscheid begründete sogenannte Lehre von der Voraussetzung kann das Abhängigkeitsverhältnis der Verfügungen nicht befriedigend rechtfertigen. Denn auch die Ergebnisse, zu denen man auf Grund dieser Lehre kommt, stimmen nicht mit der positiven Regelung im § 2270, I überein. Nach der Lehre von der Voraussetzung würde die Verfügung des einen Ehegatten nicht, wie im Gesetz bestimmt ist, unmittelbar ungültig werden mit dem Fortfall der abhängigen Verfügung des anderen Ehegatten, sondern sie müsste von dem ersten Ehegatten erst noch zurückgenommen werden[2]).

Einen anderen Standpunkt schliesslich nimmt Dernburg[3]) zu dieser Frage ein. Er behauptet, die Verfügungen seien gegenseitig bedingt. Diese Auffassung kann aber auch nicht richtig sein; denn eine Bedingung ist eine ausdrücklich oder stillschweigend erklärte, jedenfalls gewollte Bestimmung im Inhalt eines Rechtsgeschäftes[4]). Beim gemeinschaftlichen Testament aber tritt die Unwirksamkeit

1) Leonhard, § 2270, III.
2) Windscheid, Pandekten, III, § 568, Anm. 5.
3) Dernburg, Bd. V, § 92, II. So auch die Mehrzahl der älteren Schriftsteller des gemeinen und preussischen Rechts, s. Hartmann, Erbverträge, S. 129, Anm. 1. Förster - Eccius, § 257.
4) Enneccerus, § 181; v. Staudinger - Riezler, vor § 157.

der Verfügungen des einen Ehegatten auch ein, ohne dass ein dahin gehender Wille des Erblassers erklärt ist[1], ja selbst dann, wenn dieser Erblasser seine Verfügungen gar nicht vom Bestande der wechselbezüglichen Verfügungen des anderen Ehegatten abhängig sein lassen wollte[2]. Die Ungültigkeit tritt ein allein auf Grund der Bestimmungen des § 2270, auch gegen den Willen des Erblassers, sofern dieser andere Wille aus dem Testament oder sonstigen Umständen nicht klar zu ersehen ist. Es ist also nicht richtig, dass die Verfügungen gegenseitig bedingt sind[3]. Man könnte nur etwa mit Strohal[4] sagen, dass die Verfügungen so behandelt werden, als ob sie gegenseitig bedingt wären. Das ist aber lediglich eine Feststellung ex post und keine Erklärung der rechtlichen Natur des Abhängigkeitsverhältnisses.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, dass es nicht möglich ist, die rechtliche Natur des abhängigen gemeinschaftlichen Testamentes auf eine der bekannten Rechtskategorien zurückzuführen[5]. Die positive Regelung im Gesetz steht allen Konstruktionsversuchen entgegen und hat ihre eigene Grundlage letzten Endes allein in dem allgemeinen Rechtsbewusstsein und dem Billigkeitsgefühl des Gesetzgebers. Es bleibt uns daher nur übrig festzustellen, dass es sich beim gemeinschaftlichen Testament um ein Rechtsgeschäft von Todes wegen handelt, mit einigen besonderen gesetzlichen Bestimmungen über den Widerruf und mit einem Abhängigkeitsverhältnis eigener Art in bezug auf streng gegenseitige Verfügungen.

Das gegenseitig bedingte Testament ist im Gesetz nicht besonders geregelt, es gelten also die allgemeinen Rechtssätze über letztwillige Verfügungen und Bedingungen.

Das Testament ist, wie der Name sagt, in seinem

1) Strohal, § 43, Anm. 32; Hendrichs, a.a.O., S. 23.
2) Hendrichs, a.a.O., S. 28.
3) So schon Protokolle, Bd. V, 450.
4) § 43, Anm. 32.
5) Hendrichs, a.a.O., S. 34; Elsass, Unterschied zwischen einem von Ehegatten errichteten gemeinschaftlichen Testament und einem von Ehegatten abgeschlossenen Erbvertrage. Rost. Diss. 1901, S. 13, Anm. 1.

Bestande abhängig von dem Eintritt oder der Fortdauer eines vom Erblasser näher bestimmten Umstandes. Nach heutigem Recht ist bei letztwilligen Verfügungen die Hinzufügung jeder Art von Bedingungen gestattet, soweit sie nicht unsittlich, verboten oder unmöglich sind. In einem gegenseitig bedingten Testament, das in seinem Aufbau und in seinen Wirkungen dem gemeinschaftlichen Testament möglichst gleichkommen soll, werden die Erblasser ihre Verfügungen treffen, einmal unter der negativen Willensbedingung, dass der andere Erblasser seine zu ihren Gunsten oder zu Gunsten eines ihnen nahestehenden Dritten getroffene Verfügungen nicht widerruft und ferner unter der meist wohl kasuellen Bedingung, dass diese Verfügung sich nicht als nichtig erweist. Haben die Erblasser lediglich einander gegenseitig eingesetzt, so entscheidet sich die Bedingung mit dem Tode des Erstversterbenden und der Ueberlebende ist dann für die Zukunft völlig frei in bezug auf die Neuerrichtung seiner letztwilligen Verfügungen.

Schwieriger wird die Rechtslage, wenn die Erblasser nicht nur einander eingesetzt, sondern noch Verfügungen zu Gunsten Dritter getroffen haben. Und zwar nicht nur durch direkte Einsetzung des Dritten als Erben oder Vermächtnisnehmer, sondern dadurch, dass sie die Gültigkeit ihrer Verfügungen von der Bedingung abhängig gemacht haben, dass der überlebende Erblasser verpflichtet sein soll, diesen Dritten in seinem Testament zu bedenken oder eine zu Gunsten dieses Dritten getroffene Verfügung nicht zu widerrufen.

Auf dieser Bedingung beruht auch nach dem Tode eines der Erblasser die Abhängigkeit der Verfügungen beim gegenseitig bedingten Testament. Die rechtliche Natur dieser Bedingung muss daher ausschlaggebend sein für die rechtliche Natur des gegenseitig bedingten Testamentes überhaupt. Man könnte zunächst geneigt sein, anzunehmen, es handele sich um eine auflösende Bedingung: "Die auflösende Bedingung des Wegfalls des fremden Testaments" – wie R. Leonhard[1] meint. Allein diese Auffassung dürfte dem Willen der Erblasser nicht gerecht werden. Da der Ueber-

1) Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1904, Bd. III, § 27,10, Anm. 1.

lebende beim echten gegenseitigen Testament nur, oder jedenfalls in so weitgehendem Masse nur eingesetzt ist, um seiner Gegenverfügung willen, so wird der Erblasser auch nicht wollen, dass der Ueberlebende nach dem Tode des Erstversterbenden sofort dessen Erbe werden soll, auf die Gefahr hin, dass sich später bei seinem Tode unter Umständen herausstellt, dass er den Dritten gar nicht eingesetzt oder die Einsetzung längst widerrufen hat. Der Wille des Erblassers wird vielmehr dahin gehen, dass der Ueberlebende nur dann Erbe werden soll, wenn feststeht, dass der Nachlass oder der bestimmte Teil desselben auch wirklich dem Dritten zufällt. Es handelt sich also hier um eine aufschiebende Bedingung[1].

Ob diese Bedingung erfüllt ist, lässt sich allerdings erst mit dem Tode des überlebenden Erblassers ermitteln, da er zu Lebzeiten nicht auf den Widerruf seines Testamentes verzichten kann[2], seine endgültig letzte Verfügung also erst mit seinem Tode feststeht. Der überlebende Erblasser könnte demnach selbst nicht mehr in den Genuss der Erbschaft kommen. Auch mit der sogenannten cautio Muciana ist ihm nicht zu helfen. Unserem heutigen Recht ist zwar eine Uebergabe der Erbschaft gegen Sicherheitsleistung überhaupt unbekannt, aber das Bürgerliche Gesetzbuch enthält dafür im § 2075 die Bestimmung, dass bei Abhängigkeit einer Verfügung von einer Bedingung, die ein fortgesetztes Tun oder Unterlassen verlangt, das al-

1) Die Literatur beschäftigt sich mit dieser Frage nur beim gemeinschaftlichen Testament und dort wird sie meist auch nur von den Schriftstellern erwähnt, die gegenseitige Bedingtheit der Verfügungen annehmen. s. Loewenwald, a. a. O., S. 54/55 allerdings ohne nähere Begründung, ferner Hendrichs, a.a.O., S. 26 Der Ueberlebende soll erst endgültig Erbe sein, "wenn das aufschiebende Moment beseitigt sein wird und zwar ist dies die negative Tatsache der noch mangelnden Sicherheit über die Frage, ob von der gegnerischen Seite von dem Widerrufsrecht Gebrauch gemacht wird, bzw. ob die gegnerischen Verfügungen sich als nichtig herausstellen werden oder nicht."

2) § 2253, I.

lein in der Willkür des Bedachten liegt, im Zweifel die Bedingung als auflösende Bedingung angesehen werden soll. Diese Bestimmung könnte hier zur Anwendung kommen in bezug auf die Bedingung, dass der überlebende Erblasser es unterlassen soll, die zu Gunsten des Dritten getroffene Verfügung zu widerrufen; sie kann aber nicht in Betracht kommen für die weitere Bedingung, dass die Verfügung des Ueberlebenden sich nicht als nichtig erweisen darf.

Die Verfügung des Verstorbenen steht also immer unter einer aufschiebenden Bedingung. Das Setzen einer aufschiebenden Bedingung enthält aber die Anordnung einer Vorerbschaft[1]. Vorerbe wird, wer vom Erblasser dazu bestimmt ist; ist kein Vorerbe eingesetzt, so sind die gesetzlichen Erben Vorerben bis zum Eintritt der Bedingung[2]. Beim gegenseitig bedingten Testament kann es keinem Zweifel unterliegen, dass der überlebende Erblasser selbst Vorerbe sein soll. Zwar wird das Testament eine dahingehende Bestimmung ausdrücklich wohl fast nie enthalten, aber diese Folgerung ergibt sich zwangsläufig daraus, dass jeder der Erblasser für den Fall des Ueberlebens selbstverständlich in den Genuss der Erbschaft des Erstversterbenden kommen will; da er aber beim streng gegenseitigen Testament immer nur die Rechtsstellung haben kann, die er auch dem anderen Erblasser einräumt, so geht der Wille beider Erblasser zweifellos dahin, dass das Vermögen des zuerst versterbenden Gatten dem Ueberlebenden bis zu seinem Tode anfallen soll. Der überlebende Erblasser ist also Vorerbe bis zur Entscheidung der Bedingung. Aber wohlgemerkt, nicht einfach Vorerbe des Dritten kraft Bestimmung des Erstverstorbenen – dann würde es sich nicht mehr um eine gegenseitige Verfügung handeln. Denn die Einsetzung des Dritten, die direkt vom Erstverstorbenen ausginge, wäre unabhängig vom Willen des Ueberlebenden; diese Verfügung zu Gunsten des Dritten muss aber, soll sie gegenseitig sein, gerade vom Ueberlebenden als Gegenverfügung für seine eigene Einsetzung getroffen werden. Der

1) Kipp, § 45, I.
2) § 2105, I.

Ueberlebende ist also Vorerbe seiner Erben[1], zu denen u. a. oder auch als Alleinerbe der Dritte gehört, den der Erstverstorbene bedacht sehen wollte.

Das gegenseitig bedingte Testament, das dem gegenseitig gemeinschaftlichen Testament entspricht, ist seiner rechtlichen Natur nach also ein Rechtsgeschäft von Todes wegen, das neben einer Erbeinsetzung unter aufschiebender Bedingung die meist wohl stillschweigende Einsetzung eines Vorerben enthält.

Vergleicht man dieses Ergebnis mit dem, das wir beim gemeinschaftlichen Testament feststellen konnten, so zeigen sich erhebliche Unterschiede in der Rechtsnatur beider Arten des gegenseitigen Testamentes. Diese Unterschiede sind im wesentlichen bedingt durch die positiven Gesetzesbestimmungen, wie sie in den §§ 2270 ff. für das gemeinschaftliche Testament gegeben sind, - Bestimmungen über die Abhängigkeit der Verfügungen der Erblasser - wie sie durch Bedingungen rechtsgeschäftlich nicht getroffen werden können.

1) Eigentlich Vorerbe seiner selbst, da er aber beim Eintritt der aufschiebenden Bedingung notwendigerweise verstorben sein muss, kann er selbst Nacherbe nicht werden (§ 1923 I). Es besteht aber nach der Sachlage kein Zweifel darüber, dass die Zuwendung auch für seine Erben gelten soll, entgegen § 2074.

III. Die Voraussetzungen:

1. Die Errichtung des gegenseitig gemeinschaftlichen und des gegenseitig bedingten Testaments.

Für die Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments sind zunächst die allgemeinen Vorschriften der §§ 2229 ff. über die Errichtung von Testamenten massgebend. Von diesen allgemeinen Bestimmungen ergeben sich eine Reihe von Abweichungen, die darauf zurückzuführen sind, dass nach § 2265 die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes nur Ehegatten gestattet ist und ferner Abweichungen, die im Wesen des gemeinschaftlichen Testaments begründet liegen, insofern, als dabei zwei selbständige letztwillige Verfügungen zweier Erblasser formell in einem Testament zusammengefasst sind. Hinzu kommt dann noch die umstrittene Sonderbestimmung des § 2267.

Da ein gemeinschaftliches Testament nur unter Ehegatten zulässig ist[1], so ist erste Voraussetzung für die Gültigkeit des Testamentes der Bestand einer vollgültigen Ehe. Ein Mangel kann hier nicht durch eine nachträgliche Ehe geheilt werden[2], wie im oesterreichischen Recht[3], wenn das gemeinschaftliche Testament von Verlobten errichtet war. Andererseits gewährleistet aber auch der formale Bestand der Ehe zur Zeit des Todes einer der Ehegatten nicht unbedingt den Bestand des gemeinschaftlichen Testamentes. Es genügt vielmehr zum Fortfall der Verfügungen, wenn der eine Ehegatte zur Zeit seines Todes auf Scheidung wegen Verschuldens des anderen Ehegatten zu klagen berechtigt war und er die Klage auf Aufhebung der Ehe erhoben hatte[4]. Eine Ausnahme besteht für den letzteren Fall insofern, als die Verfügungen hier soweit wirksam bleiben sollen, als anzunehmen ist, dass sie auch

1) § 2265.
2) Leonhard, § 2265, Abs. 1.
3) §§ 583, 1248 und Hofdekret vom 25. Juni 1817. Nach Meyer, S. 13, Anm. 43.
4) § 2268, i. Vbdg. m. § 2077.

für den Fall einer Scheidung getroffen sein würden[1]. Die gleiche Annahme gilt für den Fall, dass die Ehe vor dem Tode eines der Ehegatten aufgelöst sein sollte[2]. Sonst aber führen Auflösung und Nichtigkeit der Ehe die Unwirksamkeit des Testaments und zwar seinem ganzen Inhalte nach herbei.

Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ist einer Scheidung gleichzusetzen, nur mit dem Unterschiede, dass bei Wiederherstellung der Gemeinschaft das Testament wieder als gültig zu betrachten ist[3].

Haben Nichtehegatten ein gemeinschaftliches Testament errichtet, so ist es nicht angängig, ihre Verfügungen im Wege der Konversion als zwei nicht gemeinschaftliche Testamente aufrecht zu erhalten. Die vielen Bedenken, die sich gegen das gemeinschaftliche Testament überhaupt erhoben haben, liegen hier im erhöhten Umfange vor, zumal die Bestimmungen der §§ 2270 ff. in diesem Falle nicht zur Anwendung kommen können[4]. Ein von Nichtehegatten errichtetes gemeinschaftliches Testament muss also in jeder Beziehung unwirksam sein.

Im übrigen finden für die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes, wie bereits erwähnt, die allgemeinen Bestimmungen sinngemäss Anwendung.

Die Altersgrenze des § 2229, II von 16 Jahren für die Errichtung letztwilliger Verfügungen kann beim gemeinschaftlichen Testament nur für die Frau von Bedeutung sein. Der Mann kann erst mit Volljährigkeit eine Ehe eingehen[5]. Also selbst bei Volljährigkeitserklärung frühestens mit Vollendung des 18. Lebensjahres[6]. Auch die Frau darf eine Ehe im allgemeinen nicht vor Vollendung des 16. Lebensjahres schliessen, doch kann Befreiung von dieser Vorschrift erteilt werden[7]. In keinem Falle bedarf der

1) § 2268, Abs. 2, Halbs. 2.
2) § 2268, Abs. 2, Halbs. 1.
3) Leonhard, §2268, II.B.; Planck, § 2268, 2b; a.M.: Herzfelder, § 2268, 1b.
4) Kipp, § 24, Anm. 11; Leonhard, § 2265, I.; JW. 1915, S. 788 und RG., Bd. 87, 33.
5) § 1303, Abs. 1.
6) § 3.
7) § 1303.

beschränkt geschäftsfähige Testator zur Errichtung des Testamentes der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters[1].

Ebenso wie für diese persönlichen Voraussetzungen gelten in bezug auf die Form der Errichtung die allgemeinen Vorschriften. Das gemeinschaftliche Testament kann in jeder Form errichtet werden, in der ein Einzeltestament gültig errichtet werden kann. Dabei müssen aber beide Ehegatten stets dieselbe Form wählen;denn wenn auch zwei selbständige letztwillige Verfügungen vorliegen, so bilden sie beide doch formell nur ein Testament, das naturgemäss auch nur in einer Form errichtet werden kann. Deshalb müssen die nötigen Voraussetzungen, die zur Errichtung des Testamentes in einer bestimmten Form erforderlich sind, jeweils auch bei beiden Ehegatten gegeben sein. Ist also z. B. die Frau noch minderjährig, so,können die Ehegatten nicht die Form des eigenhändigen Privattestaments wählen, da Minderjährige nach § 2247 sich dieser Form nicht bedienen dürfen.

Beim ordentlichen öffentlichen Testament vor dem Richter oder Notar kennt das bürgerliche Recht verschiedene Arten der Errichtung. Hier steht es dem einzelnen Ehegatten grundsätzlich frei, welcher Art er sich bedienen will. So kann der eine Ehegatte seinen letzten Willen mündlich erklären, der andere dagegen eine Schrift übergeben mit der Erklärung, diese Schrift enthalte seinen letzten Willen (§ 2238)[2]. Ueber beide Erklärungen wird dann ein gemeinschaftliches Protokoll aufgenommen. Kenntnis vom Inhalt der Verfügungen des anderen Ehegatten wird bei der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes nicht erfordert. Es muss lediglich die Möglichkeit einer Kenntnisnahme und bei beiden Ehegatten das Bewusstsein und der Wille eines gemeinschaftlichen Zusammenwirkens zur Errichtung eines Testamentes bestehen[3].

Die Abhängigkeit der Verfügungen beim gemeinschaftlichen Testament kann die Ehegatten aber unter Um-

1) § 2229 I.
2) Leonhard, § 2265 II B.; Strohal, § 43 zu Anm. 8; Planck, Vorbem. zu § 2265.
3) OLG. 11,251.

ständen auch zur Errichtung des Testamentes in derselben Art zwingen. § 2238 II bestimmt zum Schutze von Minderjährigen und solchen Personen, die Geschriebenes nicht lesen können, dass diese ihr Testament nur durch mündliche Erklärung errichten können. Dieser Schutz wäre unvollkommen, wenn bei Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes der Ehegatten einer dieser Personen sich der schriftlichen Errichtungsart bedienen könnte. Dann hätte der Ehegatte, der nicht lesen kann, nicht die Möglichkeit, sich von dem Wortlaut der Verfügungen des anderen Ehegatten zu überzeugen. Er würde Gefahr laufen, von dem anderen Ehegatten hintergangen zu werden und Verfügungen zu treffen, die er bei Kenntnis des wahren Wortlautes der Verfügungen des Ehegatten so nicht getroffen haben würde. Aus gleichem Grunde darf der Minderjährige, der nach Ansicht des Gesetzes davor geschützt werden muss, dass er durch Uebergabe eines Schriftstückes eine letztwillige Verfügung errichtet, die, von anderen beeinflusst, vielleicht nicht seinem wahren Willen entspricht[1], (§ 2238), auch beim gemeinschaftlichen Testament, nicht unter Bezugnahme auf ein Schriftstück - die schriftliche Erklärung des anderen Ehegatten - verfügen[2]. Es müssen daher im Falle, dass einer der Ehegatten minderjährig ist oder unfähig ist zu lesen, beide Gatten ihren letzten Willen mündlich erklären.

Fehlen dagegen einem der Ehegatten rein tatsächliche Voraussetzungen, die ihn an einer Errichtung seiner letztwilligen Verfügung in der gleichen Art wie der andere Ehegatte hindern, ihm aber nicht die Möglichkeit einer Kenntnisnahme der Verfügungen des anderen Ehegatten nehmen - kann er z. B. ein Testament durch mündliche Erklärung nicht errichten, da er stumm oder sonst am Sprechen verhindert ist, - so hat dieser Umstand keinen Einfluss auf die Fähigkeit des anderen Gatten, seine letztwilligen Verfügungen nach seinem Belieben durch Uebergabe einer Schrift oder auch durch mündliche Erklärung zu treffen[3].

---

1) Kipp, § 14, IV, 2.
2) Strohal, § 43, Anm. 10; Kipp, § 25, III; a. M.: Leonhard, 2265 D, 2.
3) Leonhard, § 2265 D, 2; Strohal, § 43, Anm. 9; a. M.: Planck, Vorbem. 3 zu § 2265 ff.

Zusammenfassend kommt man zu dem Ergebnis, dass die Ehegatten sich beim gemeinschaftlichen Testament im allgemeinen nur der Errichtungsformen und -arten bedienen dürfen, deren rechtliche Voraussetzungen bei beiden von ihnen gegeben sind.

Der gleiche Grundgedanke ist auch für das Verfahren bei der Errichtung massgebend. Erklärt ein Ehegatte, dass er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, so muss bei der Testamentserrichtung ein Dolmetscher hinzugezogen werden, da dieser Ehegatte ein Einzeltestament auch nur unter dieser Voraussetzung errichten könnte[1]. Steht eine Person zu einem der Erblasser in einem im § 2234 näher bezeichneten Verhältnis oder wird sie auch nur von einem Ehegatten im Testament bedacht, so ist sie unfähig, als Richter, Notar, Gerichtsschreiber oder Zeuge bei der Errichtung des Testamentes mitzuwirken.

Andererseits kommen aber auch Erleichterungen, die das Gesetz für Sonderfälle beim Einzeltestament dem Erblasser zugesteht, beim gemeinschaftlichen Testament beiden Ehegatten zugute. So muss es beim sog. Dorftestament[2] dem Sinne dieser Sonderbestimmung gemäss genügen, wenn die Besorgnis nur bei einem der Ehegatten vorliegt, dass dieser Erblasser früher sterben werde, als die Errichtung eines Testamentes vor einem Richter oder einem Notar möglich ist (So ausdrücklich § 2266)[3]. Ein solches Testament vor dem Gemeindevorsteher gilt als nicht errichtet, wenn seit der Errichtung drei Monate verstrichen sind und der Erblasser noch lebt[4]. Ueberlebt beim gemeinschaftlichen Testament einer der Ehegatten diese Frist, so müssten seine Verfügungen nunmehr fortfallen. Es kann aber nach dem Tode eines der Erblasser im gemeinschaftlichen Testament eine abhängige Verfügung des anderen Ehegatten nur unter besonderen Umständen ausnahmsweise noch aufgehoben werden.

---

1) § 2244 I.
2) § 2249.
3) Die anderen Arten von Nottestamenten der §§ 2250, 2251 sind im Gesetz nicht erwähnt, da ihre besonderen Voraussetzungen, Absperrung oder Seereise, notwendigerweise für beide Ehegatten vorliegen, wenn die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes überhaupt in Frage kommen kann.
4) § 2252, Abs. 1.

Diese Verfügungen können also nicht einfach schon mit dem Fristablauf fortfallen. Die abhängigen Verfügungen des überlebenden Ehegatten bleiben somit auch nach Ablauf der drei Monate weiter bestehen, lediglich seine übrigen Verfügungen werden ungültig[1].

Der Ablauf der Dreimonatsfrist ist gehemmt, solange der Erblasser ausserstande ist, ein ordentliches öffentliches Testament zu errichten[2]. Beim gemeinschaftlichen Testament muss zur Hemmung der Frist die Unfähigkeit eines Erblassers zur Errichtung des ordentlichen Testamentes genügen, - gleichviel, ob es sich um den Ehegatten handelt, bei dem die Todesbesorgnis zur Zeit der Errichtung des Testamentes gegeben war oder um den anderen Ehegatten. Diese Bestimmung ist im Gesetz zwar nicht ausdrücklich getroffen, aber sie ergibt sich in Analogie zu den Vorschriften über die Errichtung des Testamentes im § 2266[3].

Ausser diesen Bestimmungen, die im allgemeinen nur eine sinngemässe Anwendung der Vorschriften über die Errichtung eines Einzeltestamentes gewährleisten sollen, findet sich beim gemeinschaftlichen Testament noch die Sondervorschrift des § 2267. Es handelt sich hierbei um eine Erleichterung für die Errichtung des privatschriftlichen gemeinschaftlichen Testamentes. Hier soll es genügen, wenn einer der Ehegatten das Testament eigenhändig niederschreibt und der andere Ehegatte die Erklärung beifügt, dass dieses Testament auch als sein Testament gelten solle. Es ist dies aber nicht etwa die einzigste Art, in der das gemeinschaftliche Testament als eigenhändiges Privattestament errichtet werden kann, wie die zweite Kommission bei Beratung des gemeinschaftlichen Testamentes es angenommen hatte[4]. Im Wortlaut des § 2267 steht "genügt es". Die Vorschrift gibt also nur ein Mindestmass dessen, was zur gültigen Errichtung erforderlich ist[5]. So kann das Testament also auch z. B. errichtet werden, indem jeder Ehegatte seine Verfügungen selbst niederschreibt und

1) Kipp, § 25, IV; Schultheiss, Die Gültigkeit der gemeinschaftlichen Dorftestamente. ZBl. f. FG. 17, 174; KG. 51,87 ff.
2) § 2252, Abs. 2.
3) Kipp, § 25 IV.
4) Prot. V S. 429; Loewenwald, a.a.O., S. 85.
5) Meyer, Gem.T.S.25, Anm.21; Kipp, § 25,A.8; Leonhard, § 2267,V; Strohal,§ 43 zu A.15, Herzfelder, § 2267,II; Planck, § 2267, 6.

beide Gatten das ganze dann unterschreiben. Immer aber ist darauf zu achten, dass es sich um zwei letztwillige Verfügungen handelt. Auch bei einem nach § 2267 errichteten Testament ist daher die Unterschrift und die Angabe des vollen Datums bei der Erklärung jedes Ehegatten erforderlich[1]. Gerade dieser letztere Punkt wird in Laienkreisen oft nicht beachtet, wie auch sonst Formfehler beim eigenhändigen gemeinschaftlichen Testament recht häufig sind[2].

Das ist ohne weiteres zu verstehen, wenn man sieht, wie verschieden selbst die Meinungen der Juristen zu einzelnen Punkten in diesem Zusammenhange sind[3]. So z. B. ganz allgemein zu der Frage, wann zwei letztwillige Verfügungen ein gemeinschaftliches Testament darstellen. Müssen die Erklärungen dazu inhaltlich aufeinander bezug nehmen[4], oder kommt es auf den Inhalt der Erklärungen gar nicht an[5], müssen die Verfügungen auf demselben Blatt stehen, oder dürfen sie auf verschiedene Blätter geschrieben sein[6] und ist dann erforderlich, dass die Blätter geheftet oder auf andere Weise miteinander verbunden sind[7]? Muss in einem Testament nach § 2267 die zweite Verfügung sich ausdrücklich als Beitrittserklärung darstellen[8] und genügt es, wenn diese Beitrittserklärung des Gatten neben der des anderen steht[9] oder deckt die Unterschrift des zweiten Ehegatten nur den Text der darüber steht[10]? usw. Richtiger Ansicht nach muss auch eine Er-

1) Da es nicht notwendig ist, dass beide Verfügungen gleichzeitig getroffen werden, kann die Beitrittserklärung ein anderes Datum tragen als der Text der letztwilligen Verfügungen, der vom anderen Gatten geschrieben und unterschrieben ist, niemals aber ein früheres Datum. Asch, Der Erbe, § 9, S.55; Goldmann, in Gruch. Bd. 48, S.70; Dernburg, § 90 I, 2; Leonhard, § 2267, II B; Strohal, § 43, Anm.13; Herzfelder, § 2267, II; Planck, § 2267, 4b; KG. 51, 82; = OLG. 40, 142. Doch darf der Gatte seine Beitrittserklärung nicht erst nach dem Tode des anderen hinzufügen, denn dann besteht die Ehe nicht mehr. Herzfelder, § 2267, 2; OLG. 40, 142.
2) OLG., Bd. 5, S.348; 7, 363; 8, 287; 16, 52 und 72; 21, 33; KG. 42, 120; 26, 44; RG. 116, 150; RJA. 4, 12 u. 143
3) s. hierzu Eichhorn, Die Nachteile des eigenhändigen Testamentes. Z.D.Not. V. 1901, S. 248 ff.
4) Proske, a.a.O., S. 36; OLG. 42, 142.
5) RG. 72, 206.
6) Seuff.Arch. 60, 30; OLG. 9, 417 ff.
7) Meyer, Gem.T.S. 24; Herkt, a.a.O., S. 20.
8) JW. 1910, S. 22, Nr. 35.
9) OLG. 9, 419.
10) OLG. 7, 363.

klärung der Ehegatten auf verschiedenen Blättern genügen, auch ohne dass die Blätter geheftet sind und eine Erklärung sich ausdrücklich als Beitrittserklärung darstellt, wenn sich nur aus den Umständen - dem räumlichen und etwa auch inhaltlichen Zusammenhange allgemein - ergibt, dass die Erklärungen der Gatten notwendig zusammengehören und so eine einheitliche Urkunde bilden[1].

Diese häufigen Formfehler sind beim gemeinschaftlichen Testament besonders folgenschwer, da die Verfügungen der Ehegatten meist in grösserem Umfange voneinander abhängig sind. Ganz besonders stark ist die Abhängigkeit bei einem Testament, das nach § 2267 unter Bezugnahme auf die Verfügungen des anderen Ehegatten errichtet ist. Ist hier die Verfügung des Gatten, die den Wortlaut der letztwilligen Bestimmungen der Eheleute enthält, aus irgendeinem Grunde ungültig, so bleibt von dem Testament beider Erblasser überhaupt keine gültige Verfügung übrig. Die Zustimmungserklärung des anderen Ehegatten hat für sich allein keinerlei Bedeutung. Sie kann auch nicht dahin aufgefasst werden, dass der zweite Ehegatte sich lediglich den Text der Erklärung des anderen Gatten zu eigen macht, so dass z. B. bei einem Formfehler der ersten Erklärung die zweite formell einwandfreie Verfügung trotzdem gültig sein würde, die Zustimmungserklärung kann sich vielmehr stets nur auf eine in jeder Beziehung einwandfreie gültige Verfügung des anderen Ehegatten beziehen[2]. Ist nur die Beitrittserklärung nichtig, so bleibt die Haupterklärung zwar wirksam, aber auch nur soweit, als sie Verfügungen enthält, die von den Verfügungen des anderen Gatten unabhängig sind.

Diese mannigfachen Schwierigkeiten, die sich bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testamentes, vor allem in der abgekürzten Form ergeben, haben Strohal[3] veranlasst, an Stelle einer Erleichterung des eigenhändigen Privattestamentes ein Verbot dieser Testierform für das gemeinschaftliche Testament zu empfehlen. Diese Forderung geht m. E. zu weit, denn wie der häufige Gebrauch dieser

1) Kipp, § 25, VII; Leonhard, § 2267, II, C; Planck, §2267, 4; v.Staudinger, § 2267, III; Elden, a.a.O., S. 19 ff.; OLG., Bd. 9, S. 417; 42, S. 142.
2) Meyer, Gem. T., S. 21.
3) Strohal, § 43, Anm. 11.

Form in der Praxis zeigt, besteht ein Bedürfnis nach einem gemeinschaftlichen Privattestament. Deshalb dürfen einige Mängel, die sich bei der derzeitigen Ausgestaltung zeigen, nicht dazu führen, das Ganze zu verwerfen. Man wird vielmehr Mittel und Wege suchen müssen, den Fehlern so weit wie möglich vorzubeugen. Formvorschriften haben immer etwas Willkürliches, man wird aber gerade beim Testament und ganz besonders beim eigenhändigen Privattestament nicht auf sie verzichten können. Sie sind oft der einzige Anhaltspunkt, der wenigstens in gewissem Umfange eine Nachprüfung der Echtheit und Gültigkeit des Testamentes nach dem Tode des Erblassers ermöglicht. Aus diesem Grunde versteht es sich von selbst, dass Formvorschriften, wenn sie einmal bestehen, auch unnachsichtig durchgeführt werden müssen[1]). Andererseits rechtfertigt sich aber hieraus das Verlangen, dass Formvorschriften, wo sie erforderlich sind, so klar wie möglich gehalten sein sollten. Beim

1) Man wird deshalb auch unbedingt die Angabe des richtigen Datums beim Testament fordern müssen und nicht wie Meyer, Erbrecht, § 28 unter 1a, Gem.T., S.22, Anm. 15; Strohal, § 21 a II, 9 c; Leonhard, § 2231 III D 5 und Planck, § 2231 II, 4, ein nur mögliches Datum für ausreichend erachten können. Gerade die Angabe des richtigen Errichtungstages ist vor allem wichtig für die Auffindung von Mängeln in bezug auf die Testierfähigkeit des Erblassers zur Zeit der Errichtung, sei es durch Nachprüfung des Alters, sei es durch Nachweis von Willensmängeln und für die Feststellung der Reihenfolge unter mehreren Testamenten.
Kipp, § 13 III; Endemann, § 37 V a; Herzfelder, § 2231 V C 5, Kom. v. RGR. § 2231, 5 und RG. Bd. 51, S. 166, Bd. 52, S. 277, Bd. 64, S. 423 usw.
Der Hinweis auf die entsprechende Bestimmung über die Datierung im Wechselrecht kann nicht durchgreifen. Wenn es dort der Praxis gelungen ist, den Erfordernissen des Verkehrs entsprechend, eine Abschwächung der Bestimmungen in ihrer Auslegung herbeizuführen, so liegt darin kein Grund, eine gleiche Auffassung auch beim Testament gelten zu lassen. Ferner trifft es nicht zu, dass beim Testament das Datum als ein Teil der Willenserklärung anzusprechen ist, indem der Testator angäbe, welcher Tag als Errichtungstag für das Testament gelten solle (so Planck, § 2231 II 4). Das Datum besagt vielmehr nur, wann und wo testiert worden ist, Leonhard, § 2231, 5 und ausführlich RG., Bd. 52, S. 279 f.
Alle von einzelnen Schriftstellern vorgebrachten Bedenken ausführlich zu widerlegen, würde an dieser Stelle zu weit führen. Vgl. insbesondere auch bezüglich der Beweislast Herzfelder, § 2231 V C 6, 5; Kipp, § 13, Anm. 12; a. E. Hoepfner, S. 53 ff.

eigenhändigen Privattestament sind die drei Erfordernisse: Eigenhändige Schrift, Datum und Unterschrift klar gegeben und auch wohl allgemein bekannt. Hierbei sollte es sein Bewenden haben auch für das gemeinschaftliche Testament. Es würden dann wenigstens die Formfehler, die ihren Grund in der Sonderbestimmung des § 2267 haben, vermieden. Mag die Sonderbestimmung des § 2267 dogmatisch eine Erleichterung der Bestimmungen über die Errichtung gemeinschaftlicher Testamente sein, in der Praxis hat sie sich als eine ziemlich häufige Fehlerquelle erwiesen[1]. Und das sollte Grund genug sein, diese Sonderbestimmung wieder zu beseitigen.

Ein gemeinschaftliches Testament könnte dann einmal so errichtet werden, dass jeder Ehegatte seine Verfügungen selbst niederschreibt unter Hinzufügung des Datums und beide Ehegatten zum Schluss unter beide Verfügungen ihre Unterschriften setzen oder so, dass in gemeinsamer Urkunde jeder der Ehegatten den gesamten Wortlaut des gemeinschaftlichen Testamentes schreibt, mit dem Datum versieht und unterschreibt - zwei Errichtungsarten, die auch nach heutigem Recht zulässig sind[2].

All diese Schwierigkeiten, die sich bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testamentes ergeben, sind beim gegenseitig bedingten Testament nicht vorhanden. Da das gegenseitig bedingte Testament ein gewöhnliches Einzeltestament ist, finden für seine Errichtung die allgemeinen Vorschriften der §§ 2229 f. ohne weiteres Anwendung. So muss u. a. der Testator das 16. Lebensjahr vollendet haben[3] und darf nicht wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt sein[4]; das Testament kann als öffentliches Testament oder als eigenhändiges Privattestament oder bei Vorliegen der besonderen Voraussetzungen in einer der Sonderformen der §§ 2249, 2250, 2251 errichtet sein u.s.f. Da jeder Erblasser sein Testament allein vollständig errichten muss, können Formfehler, wie sie durch § 2267 beim gemeinschaftlichen Testament möglich

1) Beispiel aus der Rechtsprechung s. Anm. 2, S. 30.
2) Meyer, Gem.T.S. 26, insbes. Anm. 26, Strohal, § 43, Anm. 18; Elden, a.a.O., S. 19 f., OLG., Bd. 11, S.250f. Planck, § 2267, 6.
3) § 2229, 2.
4) § 2229, 3.

sind, hier nicht in Betracht kommen. Die Bestimmungen jedes Erblassers sind selbständig gültig und nur insoweit von dem Bestande der Verfügungen des anderen Testators abhängig, als dies durch Bedingungen ausdrücklich festgesetzt ist. Daher hat auch ein Formfehler oder sonst ein Mangel bei der Errichtung eines der Testamente nur einen beschränkten Einfluss auf den Bestand des anderen Testamentes. So ist z. B. das gegenseitig bedingte Testament unter Ehegatten nicht, wie das gemeinschaftliche Testament, in seinem ganzen Umfange zwangsläufig abhängig vom Bestande der Ehe. Stellt sich heraus, dass die Ehe nichtig war, so fallen beim bedingten Testament nur die Verfügungen zu Gunsten des vermeintlichen Ehegatten fort und auch das nur, wenn nicht anzunehmen ist, dass der Erblasser die Verfügungen auch für diesen Fall getroffen haben würde[1].

Nichtehegatten können ihre Verfügungen nicht in einem Testamente vereinigen. Trotzdem wird es sich empfehlen, dass die Erblasser, wenn sie die Form des eigenhändigen Privattestamentes wählen, ihre Verfügungen auf ein und demselben Blatt niederschreiben. Die Gültigkeit und Selbständigkeit jedes Testaments wird dadurch in keiner Weise berührt[2], aber andererseits wird durch diese Anordnung Unsicherheiten und Unredlichkeiten vorgebeugt. Es lässt sich bei dieser Anordnung stets mit Sicherheit feststellen, auf welche Gegenverfügungen sich die Bedingungen im Testament des Erstverstorbenen beziehen sollten.

Die gleichen Vorschriften, wie sie für die Errichtung des gegenseitigen Testamentes gegeben sind, müssen auch entsprechend bei einer Aenderung der letztwilligen Verfügungen gelten.

Ein Nachtrag muss also allen Anforderungen entsprechen, die an die Errichtung eines neuen Testamentes gestellt werden.

---

1) § 2077.
2) RG. Bd. 72, S. 206.

Ausser durch einen Nachtrag sind Aenderungen beim eigenhändigen Testament auch im Texte möglich. Beim gemeinschaftlichen Testament muss dabei ersichtlich sein, dass die Aenderung von beiden Ehegatten gemeinsam vorgenommen worden ist[1]. Es muss also einmal der andere Ehegatte seiner Beitrittserklärung einen entsprechenden Zusatz hinzufügen oder es müssen beide Ehegatten die von ihnen getroffenen Verfügungen eigenhändig abändern[2].

Diese Regeln müssen in gleicher Weise auch für das gegenseitig bedingte Testament gelten, ganz allgemein, wenn der Bestand eines Testamentes schlechtweg vom Bestande des anderen Testamentes abhängig gemacht ist oder in Bezug auf einzelne Verfügungen, wenn nur der Bestand dieser Verfügungen Voraussetzung für den Bestand der Gegenverfügungen des anderen Testamentes ist.

2. Die Eröffnung des gegenseitigen gemeinschaftlichen und des gegenseitig bedingten Testamentes.

Wie für die Errichtung müssen, entsprechend der besonderen Rechtslage, auch einige abweichende Vorschriften für die Eröffnung des gemeinschaftlichen Testamentes gelten. Da nach dem Tode das Testament des Verstorbenen zu eröffnen ist (§ 2260 I), selbst gegen seinen Willen (§ 2263), muss das gemeinschaftliche Testament nach dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten dem Nachlassgericht abgeliefert werden (§ 2259 I), falls es sich nicht bereits in gerichtlicher Verwahrung befand. Zu verkünden sind aber, soweit angängig, nur die Verfügungen des verstorbenen Erblassers (§ 2273). Die Verfügungen des Ueberlebenden sind, soweit dieser nicht ihrer Verkündung ausdrücklich zustimmt[3], geheim zu halten und bei Einsichtnahme

1) Meyer, Erbrecht, § 28, 1c; Herzfelder, § 2267, 3; a. M. Planck, § 2267, Anm. 4.
2) Dass dieses abgeänderte Testament auch mit dem neuen Datum versehen sein muss, ergibt sich nach dem oben über die Datierung Gesagten. Herzfelder, § 2267, 3; Strohal, § 43 a, Anm. 6.
3) Leonhard, § 2273, II, B.; Strohal, § 48, Anm. 19.

Dritter in das Testament zu verdecken[1]. Auch gewisse Verfügungen des verstorbenen Gatten sind nicht zu verkünden und zwar alle die Verfügungen, die er für den Fall seines Ueberlebens getroffen hatte[2] und ausserdem Verfügungen, die erst nach dem Tode des überlebenden Ehegatten in Kraft treten sollen[3], - wie etwa die Einsetzung eines Dritten nach § 2269[4] -.

Von den Verfügungen des Verstorbenen ist eine beglaubigte Abschrift anzufertigen und das Testament dann wieder zu verschliessen und in Verwahrung zu nehmen - auch wenn es sich vorher nicht in amtlicher Verwahrung befunden hat, da ein eröffnetes Testament stets einzubehalten ist[5]. Hat das Testament sich bereits bei einem anderen Gericht oder einem Notar in besonderer amtlicher Verwahrung befunden, so ist es dorthin zurückzugeben[6]. Beim Tode des überlebenden Ehegatten ist das Testament dann nochmals zu verkünden, auch wenn die Verfügungen des Ueberlebenden sich von den Verfügungen des Verstorbenen nicht trennen liessen und seinerzeit schon mitverkündet waren[7].

Beim gegenseitig bedingten Testament wird jedes Testament der beiden Erblasser für sich geöffnet und seinem ganzen Umfange nach verkündet. Haben die Ehegatten ihre Testamente in einem Schriftstück errichtet, so kommt auch hier das Testament des Ueberlebenden selbst gegen seinen Willen in amtliche Verwahrung, denn die Verfügungen des Verstorbenen müssen, wie jedes Testament, nach der Eröffnung beim Nachlassgericht verbleiben[8].

---

1) Meyer, Gem.Testament, § 6, 3a u. Anm. 8; Leonhard, § 2273, III A.
2) KG. Bd. 24, S. 183.
3) Planck, § 2273, 3b.
4) Leonhard, § 2273 C 2; Meyer, Gem.Testament, S. 60, Anm. 6.
5) Herzfelder, § 2273 III 2; Leonhard, § 2273 III C; Planck, § 2273, 2c; Strohal, § 48, Anm. 26.
6) Strohal, § 48, Anm. 21; Herzfelder, § 2273 III 2.
7) Leonhard, § 2273 IV, der gegenteiligen Ansicht Planck's, § 2273, 5, kann schon deshalb nicht zugestimmt werden, weil die in Betracht kommenden Personen jetzt ganz andere sein können, als zur Zeit des Todes des zuerstverstorbenen Ehegatten. Strohal, § 48, Anm. 22.
8) Leonhard, § 2273, III C.

3. Der Inhalt des gegenseitigen gemeinschaftlichen und des gegenseitig bedingten Testamentes.

Der Inhalt sowohl des gegenseitigen gemeinschaftlichen als auch des gegenseitig bedingten Testamentes unterliegt keinen irgendwie gearteten Sonderbestimmungen. Er kann aus allen Verfügungen bestehen, wie sie in einem Einzeltestament getroffen werden können[1]. Trotzdem besteht ein Unterschied in der Art des Inhalts beider Testamente. Dies hat seinen Grund darin, dass der Erblasser beim gegenseitig bedingten Testament gezwungen ist, seinen Willen klar und bestimmt auszudrücken. Entweder, er macht den Bestand seiner Verfügungen durch eine Bedingung abhängig von dem Bestande der erwarteten Gegenverfügung oder sie bleiben später auch bestehen, wenn die Gegenverfügung nicht getroffen wird oder sich als nichtig erweist[2]. Zum Inhalt des gegenseitig bedingten Testaments werden daher immer zwei Bedingungen gehören. Einmal die Bedingung, dass das Testament oder bestimmte Verfügungen nur gelten sollen, falls das Testament oder die Gegenverfügungen des anderen Erblassers nicht widerrufen werden und dann die weitere Bedingung, dass das Testament bzw. die Gegenverfügungen des anderen Erblassers sich nicht als nichtig erweisen dürfen.

Anders beim gemeinschaftlichen Testament. Hier kommen für die Auslegung des Testaments neben der allgemeinen Ermittlung des Willens des Erblassers noch die Auslegungsregeln der §§ 2270, 2 und 2269 in Betracht.

Nach § 2270, 2 ist im Zweifel Abhängigkeit der Verfügungen anzunehmen, wenn die Ehegatten sich gegensei-

---

1) Ausserdem kann das gemeinschaftliche Testament noch die Aufhebung eines zwischen den Ehegatten geschlossenen Erbvertrages (§ 2292) und Bestimmungen über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft (§ 1516, III) enthalten.

2) Unbenommen bleibt natürlich den Berechtigten eine Anfechtung nach § 2078, wenn die irrige Erwartung des Erblassers nachgewiesen werden kann.

tig eingesetzt haben und ferner, wenn ein Ehegatte dem anderen eine Zuwendung gemacht hat und dieser andere für den Fall, dass er seinen Ehegatten überleben sollte, eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen hat, die mit dem zuerst genannten Gatten verwandt ist oder ihm sonst nahesteht[1]. Diese Bestimmungen gelten aber ausdrücklich nur im Zweifel; ist ein anderweitiger Wille des Erblassers irgendwie zu ersehen, so muss er in erster Linie Beachtung finden. Für die Ermittlung eines solchen anderweitigen Willens sind, ausser dem Wortlaut des Testaments, auch alle sonstigen Umstände zu beachten[2]. So wird z. B. Abhängigkeit der Verfügungen nicht anzunehmen sein, wenn das Vermögen des einen Gatten so gering war, dass der andere Gatte seine Verfügungen offensichtlich nicht mit Rücksicht auf die Zuwendung dieser geringen Summe getroffen hatte[3], zumal, wenn der verstorbene Ehegatte sich dem anderen gegenüber zu besonderem Danke verpflichtet fühlte[4] oder etwa aus dem Testament hervorgeht, dass der verstorbene Ehegatte durch seine letztwilligen Bestimmungen vor allem den anderen Gatten sicherstellen wollte[5] usw. Es bedarf also zur Beurteilung eines gemeinschaftlichen Testamentes in bezug auf die Abhängigkeit der einzelnen Verfügungen voneinander oft eingehender und nicht immer einfacher Untersuchungen[6]. Daher kommt es ganz auf den Standpunkt des Betrachters an, ob man in der Aufstellung der Auslegungsregel in § 2270, II einen Vorteil des gemeinschaftlichen Testaments gegenüber der allgemeinen Regelung sehen will oder nicht. Vom rein juristisch-konstruktiven Standpunkt aus verdient die Klarheit der Verhältnisse beim gegenseitig bedingten Testament zweifellos

1) Jetzt durchaus herrschende Ansicht: Planck, § 2270, 4b; Herzfelder, § 2270, 4b; Strohal, § 43, 1; Leonhard, § 2270, IIc; Kretzschmar, § 48, VI, 2b; Komm. v. RGR, § 2270, 4. A.M. Denkschrift, S. 737, Frommhold zu § 2270, Anm. 2b, die übersehen, dass eine Abhängigkeit im Sinne von § 2270 doch nur vorliegen kann zwischen Verfügungen, die sich gegenüberstehen und nicht zwischen Verfügungen, die von demselben Ehegatten getroffen sind. Diese letztere Frage nach der Gültigkeit mehrerer Verfügungen eines Gatten bei Unwirksamkeit einer dieser Verfügungen ist in § 2085 allgemein geregelt.
2) RG, Bd. 116, S. 150.
3) Herzfelder, § 2270, § 2271, I; RG, Bd. 116, S. 150.
4) KG, Bd. 42, S. 119 ff.
5) OLG, Bd. 21, S. 339.
6) s. z. B. die beiden Rechtsgutachten von Reichelt: Zur Lehre vom gemeinschaftlichen Testament, Jena 1915.

den Vorzug. Andererseits wird - und das muss bei einer Bewertung doch wohl den Ausschlag geben - den Erblassern mit den Vorschriften beim gemeinschaftlichen Testament oft mehr gedient sein; denn bei der Errichtung des Testaments wird der Erblasser eine Ungültigkeit oder gar einen böswilligen Widerruf der Verfügungen durch den anderen Testator meist wohl nicht in Erwägung ziehen.

Zu beachten ist noch, dass die Bestimmungen des § 2270 über die Abhängigkeit der Verfügungen sich nur auf Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen erstrecken. (§ 2270, Abs. 3). Will der Erblasser eine andere Verfügung, z. B. die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers, in abhängiger Form im gemeinschaftlichen Testament treffen, so muss er eine dahingehende Bedingung in den Inhalt des gemeinschaftlichen Testamentes aufnehmen.

Der Unterschied, der zwischen einem gemeinschaftlichen und einem gegenseitig bedingten Testament durch die Auslegungsregel des § 2270, 2 begründet wird, ist, das sei zum Schluss nochmals kurz zusammengefasst, im wesentlichen der, dass beim gemeinschaftlichen Testament zum Inhalt der Verfügungen jeweils auch Bestimmungen gehören, wie sie ein rechtlich erfahrener Testator nach Ansicht des Gesetzgebers vernünftigerweise getroffen haben würde, wenn er an den Widerruf oder eine Nichtigkeit der Gegenverfügungen gedacht hätte, während zum Inhalt eines gegenseitig bedingten Testamentes nur diejenigen Bestimmungen gehören, die im Testament tatsächlich zum Ausdruck gebracht worden sind.

Zwei weitere Auslegungsregeln für den Inhalt des gemeinschaftlichen Testamentes finden sich in § 2269. Haben die Ehegatten sich gegenseitig zu Erben eingesetzt, so soll im Zweifel angenommen werden, dass ein von beiden zum Erben bestimmter oder mit einem Vermächtnis bedachter Dritter zum Erben des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt ist, bzw., dass das Vermächtnis ihm erst mit dem Tode des Ueberlebenden anfallen soll. Diese ausdrückliche Festlegung war notwendig, da für das frühere Recht mehrfach die Ansicht vertreten wurde, der Dritte sei als Nacherbe in bezug auf das Vermögen des Erstversterbenden eingesetzt[1]. In diesem Falle würde der Ueberlebende in

1) Dernburg, Pand., § 97, Anm. 7; Dernburg, P. Pr. III, § 183 zu Anm. 5; Bähr, Gegenentwurf, § 1737; RG 11, 258; 25, 138.

bezug auf das Vermögen des Erstversterbenden den beschränkenden Vorschriften für Vorerben unterliegen, von denen ihn der andere Gatte auch durch weitgehendste Befreiung nicht ganz entbinden könnte. Ausserdem würde bei dieser Regelung das Interesse der Gläubiger ohne zwingenden Grund beeinträchtigt[1].

Auch diese Auslegungsregel schafft einen erheblichen Unterschied zwischen dem Inhalt des gemeinschaftlichen und des gegenseitig bedingten Testamentes. Während der unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzte Erbe aus dem gegenseitig bedingten Testament immer nur Vorerbe sein kann, soll der Ueberlebende im gemeinschaftlichen Testament im Zweifel gerade nicht Vorerbe des bedachten Dritten sein.

1) Prot. V S. 406/7.

IV. Die Wirkungen:

1. In bezug auf die Erblasser.

a) Die Gebundenheit der Erblasser an frühere Verfügungen.

„Durch Errichtung eines Testamentes wird ein früheres Testament insoweit aufgehoben, als das spätere Testament mit dem früheren in Widerspruch steht", § 2258, I. Dieser allgemeine Satz gilt aber nur für das Verhältnis gleichartiger Testamente zueinander. So hebt z.B. ein späteres gegenseitig bedingtes Testament jede widersprechende frühere Verfügung eines Einzeltestamentes auf. Ist das ältere Testament aber ein gemeinschaftliches, so können neue einseitige Verfügungen gerade umgekehrt nur insoweit Wirksamkeit erlangen, als sie nicht zu den älteren Verfügungen in Widerspruch stehen[1]. Die Erblasser bleiben also an ältere abhängige Verfügungen des gemeinschaftlichen Testamentes auch weiterhin gebunden. Dennoch sind diese späteren Verfügungen dadurch, dass sie zu abhängigen Verfügungen in Widerspruch stehen, nicht etwa absolut nichtig, sondern sie erlangen, falls die Verfügung des gemeinschaftlichen Testamentes durch Widerruf, Anfechtung oder aus sonst einem Grunde wegfällt, volle Wirksamkeit[2].

Ein gemeinschaftliches Testament dagegen kann alle anderen Verfügungen, auch die eines früheren gemeinschaftlichen Testamentes und auch einen Erbvertrag - sofern er zwischen den Ehegatten geschlossen war[3] - aufheben[4].

---

1) § 2271, I, Satz 2.
2) Herzfelder, § 2270, § 2271, III B; OLG, Bd.24,S.73 ff. Warn.Jahrb. 1924, S.136, zu § 2271.
3) Ein gemeinschaftliches Testament wird zur Aufhebung auch dann genügen müssen, wenn die Ehegatten die Ehe erst nach Errichtung des Erbvertrages eingegangen sind. Leonhard, § 2292, II A; Kipp, § 35, III; Dernburg, V, § 103; OLG., Bd. 16, S. 73. A. M. Cosack, II, § 388, VII, 1a.
4) § 2292.

b) Die Fähigkeit der Erblasser zur Errichtung späterer Verfügungen:

&) unter Lebenden.

Grundsätzlich wird der Erblasser durch ein Rechtsgeschäft von Todeswegen in seiner Verfügungsbefugnis unter Lebenden in keiner Weise beschränkt. Eine Ausnahme hiervon kennt das Gesetz nur beim Erbvertrage. Dort ist dem Vertragserben das Recht eingeräumt, böswillige Schenkungen nach dem Grundsatze der ungerechtfertigten Bereicherung rückgängig zu machen, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist[1)2)] . Diese Bestimmungen stellen zwar nicht direkt eine Verfügungsbeschränkung des überlebenden Erblassers dar, wirken sich aber praktisch als solche aus. Der Grund zu diesen Vorschriften liegt darin, dass der Vertragspartner, der an seine Verfügungen gebunden ist, ihre Wirksamkeit nicht dadurch beeinträchtigen darf, dass er ihren wirtschaftlichen Erfolg vereitelt.

Eine sehr ähnliche Bindung wie beim Erbvertrage besteht bei gegenseitigen Verfügungen des gemeinschaftlichen Testamentes nach dem Tode des einen Ehegatten. Hat der überlebende Gatte die Erbschaft nicht ausgeschlagen, so ist er an seine abhängigen Verfügungen zugunsten Dritter ebenfalls unwiderruflich gebunden. Auch in diesem Falle kann es dem Erblasser nicht gestattet sein, sich seiner Bindungen durch böswillige Handlungen zu entziehen. Man wird daher bei der vollkommenen Gleichheit der Rechtslage die Vorschriften der §§ 2287, 2288 beim gemeinschaftlichen Testament entsprechend zur Anwendung bringen müssen[3)4)] .

---

1) § 2287.

2) In noch weitergehendem Masse ist der mit einem Vermächtnis Bedachte beim Erbvertrage gegen absichtliche Schädigungen geschützt (§ 2288).

3) Kipp, § 28 V; Planck, § 2271,VII; Meyer,Erbrecht,§ 61, Anm.44; Herzfelder, § 2270,2271,VI; RG 58,64; 77,5 ff; RG im Recht 1909, Nr.699; Bayr.OLG im Recht 1906, Nr. 2870; JW 1904, S.337; Seuff.Arch.Bd.67,S.30; Bd.71, S. 70. A.M.Dernburg, V, § 93, Anm.10.

4) Auch soweit das Gesetz die Vorschriften für das gemeinschaftliche Testament nach dem Tode eines der Ehegatten ausdrücklich regelt, stimmen diese Vorschriften entweder mit denen des Erbvertrages überein (§2271 II S.1 mit § 2298 II S.2 u.3) oder das Gesetz selbst verweist auf die entsprechenden Paragraphen beim Erbvertrage. (§ 2271 II S 2 auf § 2294 u.§ 2271 III auf § 2289 III)

Unterwirft man den überlebenden Erblasser auf Grund der Uebereinstimmung in der Rechtslage den erschwerenden Vorschriften des Erbvertrages, so muss man andererseits dem festgebundenen Ehegatten aber auch analog den Bestimmungen beim Erbvertrage die Anfechtung seiner Verfügungen gestatten[1]. Das ist in diesem Zusammenhange insofern von Bedeutung, als dadurch der Ueberlebende in die Lage gesetzt wird, sich gegen böswillige Verfügungen, die der Verstorbene schon zu Lebzeiten getroffen hatte, zur Wehr setzen zu können, auch wenn er die Ausschlagungsfrist hat verstreichen lassen oder aus irgendeinem Grunde erst nach ihrem Ablauf von den Verfügungen Kenntnis erlangt hat. Denn vor dem Tode eines der Ehegatten sind die Erblasser weder durch Bestimmungen zum gemeinschaftlichen Testament in ihrer Verfügungsfreiheit unter Lebenden behindert, noch können die Bestimmungen der §§ 2087/8 des Erbvertrages analog zur Anwendung gebracht werden, da zu Lebzeiten beider Gatten die Rechtslage beim gemeinschaftlichen Testament nicht der beim Erbvertrage entspricht. Jeder der Erblasser kann also auch nach Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes noch beliebig unter Lebenden über sein Vermögen verfügen; er kann es verschwenden, es verschenken, ohne dass der andere Erblasser auch nur von den Verfügungen Kenntnis erhalten muss, oder sie gar später angreifen könnte. Stellt sich nach Annahme der Erbschaft durch den Ueberlebenden heraus, dass das Vermögen des Verstorbenen durch böswillige Verfügungen zu Lebzeiten praktisch gleich null geworden ist, so erhält der Überlebende bei analoger Anwendung der Bestimmungen aus § 2281 wenigstens das Recht, sein Testament nach § 2078 anfechten zu können und so zu verhindern, dass seine Verfügungen, die er nur mit Rücksicht auf die Gegenverfügungen des anderen Gatten getroffen hatte, bei seinem Tode wirksam werden[2].

---

1) Herzfelder, §§ 2270, 2271,V; Kipp, § 28 III; Leonhard, § 2271 IV D; Planck, § 2271 IV 3 d; Strohal, § 43 a II 4 b zu &; Meyer, Gem.Test. S.52; Dernburg V, § 92 V; Köhne-Feist, Nachlassbehandlung, S.189; RG Bd.87, S.95 ff. A.M. Mantey, Gruch. Bd.52, S.384 ff. Kagermann, S.42.

2) Mit erfolgreicher Anfechtung werden dann auch die Gegenverfügungen des erstverstorbenen Gatten unwirksam und der überlebende muss alles, was er inzwischen auf Grund dieser Verfügungen erhalten hat, wieder herausgeben.

Durch diese analoge Anwendung der Bestimmungen über den Erbvertrag sind die Erblasser beim gemeinschaftlichen Testament somit wirksam geschützt gegen Verfügungen unter Lebenden, die einer von ihnen zuungunsten des anderen nach dessen Tode oder schon zu Lebzeiten beider treffen könnte.

Für das gegenseitig bedingte Testament kann eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen des Erbvertrages nicht in Betracht kommen. Hier bedarf es einer solchen Vorschrift aber auch gar nicht, denn der überlebende Erblasser ist, wie wir festgestellt haben, nur Vorerbe und als solcher durch die Bestimmungen der §§ 2113 ff. schon in weitgehendster Weise in seiner Handlungsfreiheit beschränkt. Auch wenn er, wie wohl meist anzunehmen ist, in grösserem Umfange von den Beschränkungen befreit sein soll, so kann er doch z. B. unentgeltliche Verfügungen nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Nacherben vornehmen[1].

Diese Verfügungsbeschränkung erstreckt sich allerdings nur auf den Teil des Vermögens, der vom erstverstorbenen Erblasser herrührt. Ueber sein eigenes Vermögen kann der Ueberlebende nach wie vor frei verfügen.

Ein Anfechtungsrecht kann beim gegenseitig bedingten Testament für den Ueberlebenden nicht in Frage kommen, da er auch nach dem Tode des anderen Erblassers noch jederzeit zur Aufhebung seiner Verfügungen berechtigt ist.

ß) von Todes wegen.

Durch die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes begeben sich die Ehegatten nicht des Rechtes, später andere Verfügungen von Todes wegen zu errichten. Sie können gemeinsam das Testament ändern oder durch Errichtung eines anderen gemeinschaftlichen Testamentes [2] oder eines Erbvertrages[3] das alte in den widersprechen-

1) § 2113, II, in § 2136 nicht erwähnt.
2) § 2258.
3) § 2289, I, Satz 1.

den Punkten ausser Kraft setzen. Sie können auch das Testament aufheben, indem sie die Testamentsurkunde gemeinsam vernichten[1], oder das Testament aus der amtlichen Verwahrung zurücknehmen[2] und können dann jeder für sich andere letztwillige Verfügungen treffen. Aber auch ohne vorherige gemeinsame Aufhebung des Testaments durch beide Ehegatten kann jeder Erblasser für sich anderweitige Verfügungen von Todes wegen treffen, soweit dadurch eine Erbeinsetzung, ein Vermächtnis oder eine Auflage nicht berührt werden, die zu einer entsprechenden Verfügung des anderen Ehegatten in Abhängigkeit stehen. Eine abhängige Verfügung dagegen kann ein Ehegatte durch Errichtung einer anderen letztwilligen Verfügung nicht einseitig aufheben[3]. Das bedeutet aber nicht, dass die Erblasser durch Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes an die dort getroffenen abhängigen Verfügungen unbedingt gebunden sind. Will ein Erblasser eine solche Verfügung einseitig aufheben, so kann er sie bei Lebzeiten des anderen diesem gegenüber widerrufen. Es gelten für diesen Widerruf die Vorschriften über den Rücktritt von einem Erbvertrage[4]. Es ist also eine Erklärung gegenüber dem anderen Ehegatten und gerichtliche oder notarielle Beurkundung dieser Erklärung erforderlich. Einer Einverständniserklärung oder sonst irgend einer Art der Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf es nicht. Zu beachten ist hierbei aber, dass nur abhängige Verfügungen durch Erklärung gegenüber dem anderen Ehegatten widerrufen werden können. Hat der Erblasser, wie wohl meist, auch andere Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament getroffen und will er das ganze Testament aufheben, so muss er diese anderen Verfügungen nach den allgemeinen Regeln noch besonders aufheben. Eine Bindung des Erblassers tritt also durch die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes zu Lebzeiten des anderen Ehegatten nicht ein. Die besondere Form des Widerrufs ist deshalb erforderlich, damit der andere Gatte auch zuverlässig Kenntnis erlangt von der Aufhebung der Verfügungen und er nunmehr seine Verfügungen den veränderten Umständen entsprechend gleich-

1) § 2255, I, auch durch einen Ehegatten mit Willen des anderen; Meyer, Gem.Test., S. 39, Anm. 18; Strohal, § 43a, Anm. 4; Planck, § 2271, IIb.
2) § 2256, I u. II, aber nach § 2272 nur gemeinsam von beiden Ehegatten.
3) § 2271, I, Satz 2.
4) § 2271, I, Satz 1.

falls anders treffen kann. Auch wenn dieser letztere Ehegatte nicht die Absicht hat, seine Verfügungen zu ändern, so muss er dies doch in einem neuen Testament zum Ausdruck bringen. Denn durch den Widerruf der Verfügungen eines Erblassers werden nicht nur seine Verfügungen, sondern auch die entsprechenden Gegenverfügungen des anderen unwirksam, wenn ein entgegenstehender Wille dieses anderen Erblassers nicht ersichtlich ist. Geht aus dem Testament nicht hervor, dass die Verfügungen auch ohne die entsprechenden Gegenverfügungen gelten sollen, so kann der Ueberlebende sie auch nicht durch stillschweigende oder selbst ausdrückliche Bestätigung später aufrecht erhalten[1].

Nach dem Tode eines der Ehegatten und dem endgültigen Erwerb der Erbschaft durch den Ueberlebenden ist ein Widerruf abhängiger Verfügungen ausgeschlossen[2].

Das Gesetz bietet dem Ueberlebenden aber vorher die Möglichkeit, sich die Verfügungsfreiheit über sein Vermögen auch nach dem Tode des verstorbenen Gatten noch offen zu halten. Will der Ueberlebende nicht gebunden sein, so muss er innerhalb der festgesetzten Frist – im allgemeinen also 6 Wochen nach dem Tode seines Gatten[3] – dessen Erbschaft ordnungsgemäss ausschlagen[4].

Ist dem überlebenden Gatten nichts vermacht, so kann er auch nichts ausschlagen und hat nach dem Wortlaut des Gesetzes somit keine Möglichkeit, nach dem Tode seines Gatten noch anderweitige letztwillige Verfügungen zu treffen. Man wird aber annehmen müssen, dass auch die Ausschlagung durch denjenigen genügt, zu dessen Gunsten

---

1) Leonhard, § 2270, IIIb; Planck, § 2270, IIIb; Meyer, Gem. Test., S. 43, zu Anm. 11.

2) Da aber die Ehegatten die Abhängigkeit, gänzlich ausschliessen können, so wird man ihnen auch das Recht zugestehen müssen, den Ueberlebenden für gewisse Fälle oder auch gänzlich von den besonderen Vorschriften über den Widerruf zu befreien. Dernburg, § 93, V; Planck, § 2271, IV, 3a; Herzfelder, § 2270/71, IV; Strohal, § 43 A, II, 4b; Berold, S. 56; Mattes, S. 83. Das gilt natürlich für jeden Ehegatten nur in bezug auf seine eigenen Verfügungen. Die Gatten können nicht einander das Recht einräumen, auch die Verfügungen des Erstverstorbenen nach seinem Tode noch aufheben zu dürfen. (§ 2065, Abs. 1); Herzfelder, a.a.O.; Berold, S. 45, Anm. 170; RG. 79, 32.

3) § 1944, Abs. 1.

4) § 2271, Abs. 2.

die abhängigen Verfügungen des Erblassers getroffen waren[1]. Denn Sinn und Zweck dieser Bestimmungen über die Ausschlagung bei dem Widerruf ist es allein, zu verhindern, dass der Nachlass des Erstverstorbenen dem Ueberlebenden oder Personen, die ihm nahestehen, bis zum Tode dieses zweiten Gatten zufällt, auch wenn die Gegenverfügungen widerrufen sind. Denn nach dem Tode eines Gatten kann der Ueberlebende seine Verfügungen nur durch Testament widerrufen. Dieser Widerruf kann aber Wirksamkeit immer erst beim Tode des Testators erlangen, so dass die Gegenverfügungen des Erstverstorbenen auch erst in diesem Zeitpunkte nach § 2270 fortfallen können. Wollte man also dem Ueberlebenden den Widerruf seiner Verfügungen nach dem Tode des anderen Gatten überhaupt noch gestatten, so musste andererseits auch Vorsorge getroffen werden, dass die Verfügungen des erstverstorbenen Gatten nicht trotzdem Wirksamkeit erlangen. Deshalb ist im Gesetz Ausschlagung der Erbschaft zur Voraussetzung gemacht für einen gültigen Widerruf.

Die Vertreter einer streng wörtlichen Anwendung des Gesetzes[2], nach der nur der überlebende Ehegatte im Sinne des § 2271, Abs. 2, wirksam ausschlagen kann und auszuschlagen braucht, würden zu dem merkwürdigen Ergebnis kommen, dass ein Dritter, der neben diesem überlebenden Ehegatten eingesetzt ist, den ihm zugedachten Teil der Erbschaft erhält, ihn nutzen und verbrauchen kann, obwohl bereits mit Sicherheit feststeht, dass mit dem Tode des überlebenden Gatten infolge des Widerrufs seiner Verfügungen auch die Einsetzung des Dritten entfällt. Das kann aber nicht dem Sinne des Gesetzes entsprechen. Ist neben dem Ueberlebenden ein Dritter durch abhängige Verfügungen des erstverstorbenen Ehegatten bedacht, so muss auch dieser Dritte ausschlagen und ist der Dritte allein bedacht, so

---

1) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 648 f.
Dernburg, § 93, IV, 4;
Leonhard, § 2271, III, D;
Kipp, § 28, III, 2c;
schwankend: Strohal, § 43 A, Anm. 31;
a. M.: Planck, § 2271, IV, 1b, &;
Herzfelder, § 2270/71, III B, 1;
Meyer, Erbr., § 61, Anm. 49;
Elden, S. 48.

2) Planck, a.a.O.;
Herzfelder, a.a.O.

muss seine Ausschlagung genügen, dem Ueberlebenden die Widerrufsfreiheit zu geben. Die Bestimmung über die Ausschlagung will nicht das Widerrufsrecht des überlebenden Ehegatten einschränken, sie hat vielmehr allein den Zweck, zu verhindern, dass die Verfügungen des Erstversterbenden dem Ueberlebenden oder ihm nahestehenden Personen zugute kommen, wenn der Ueberlebende sich die Möglichkeit offengehalten hat, seine Gegenverfügungen widerrufen zu dürfen. Wie § 2270 einen ungerechtfertigten Anfall der Erbschaft allgemein verhindern soll, so hat die Bestimmung über die Ausschlagung die Aufgabe, auch schon einem ungerechtfertigten vorläufigen Anfall der Erbschaft bis zum Tode des längstlebenden Ehegatten vorzubeugen. Diese Aufgabe ist aber erfüllt, wenn feststeht, dass keine der abhängigen Verfügungen des Verstorbenen Wirksamkeit erlangt. Daher kann es gleichgültig sein, ob nun gerade der Ehegatte selbst bedacht ist und die Erbschaft ausschlägt oder ob derjenige sie ausschlägt, den der überlebende Ehegatte in der Gegenverfügung zu seinen Gunsten hat bedenken lassen.

In welcher Reihenfolge Ausschlagung und Widerruf erfolgen, ist gleichgültig. Der überlebende Ehegatte kann also seine Verfügungen schon zu Lebzeiten seines Gatten widerrufen und diesen Widerruf dann später durch die Ausschlagung wirksam werden lassen. Von Bedeutung ist dieser Umstand besonders für den Fall, dass der Erblasser nach dem Widerruf stirbt und die Ausschlagungsfrist noch läuft, ohne dass der Erblasser sich über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft geäussert hat. Das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, geht dann auf seine Erben über[1], die nun ihrerseits durch die Ausschlagung den Widerruf wirksam machen können[2]. Es ist eigentlich kein Grund ersichtlich, weshalb es den Erben aus dem gemeinschaftlichen Testament nicht gestattet sein sollte, dem Willen des letztverstorbenen Erblassers Geltung zu verschaffen, zumal diese Erben selbst allein einen Rechtsverlust erleiden,

1) § 1952, Abs. 1, bzw. § 2180, Abs. 3.
2) Leonhard, § 2271, III A;
Strohal, § 43 A, zu Anm. 28;
Endemann, III, § 63, Anm. 72;
zweifelnd: Kipp, § 28, Anm. 23;
teilweise zustimmend: Seyffahrt, i. Komm.v.RGR,§ 2271, 4, in bezug auf die gesetzlichen Erben.

wenn sie durch die Ausschlagung der Erbschaft die Widerrufsverfügung in Wirksamkeit setzen. Und doch ist die Mehrzahl der Schriftsteller[1] der Ansicht, dass aus konstruktiven Gründen eine Ausschlagung der Erbschaft durch die Erben aus dem gemeinschaftlichen Testament die Widerrufsverfügung nicht wirksam machen könne. Die Erben – so heisst es – entzögen sich durch die Ausschlagung selbst die Legitimation zur Ausschlagung, da das gemeinschaftliche Testament, in dem sie eingesetzt seien, mit der Ausschlagung fortfalle. Dieser Fortfall des gemeinschaftlichen Testamentes hat aber seinen Grund nicht in der Ausschlagung, sondern vielmehr im Widerruf der Verfügungen durch den Ueberlebenden. Die Ausschlagun ist nur Voraussetzung für die Wirksamkeit des Widerrufs. Planck begründet seine Ablehnung nicht mit dem Fortfall des gemeinschaftlichen Testamentes, sondern unmittelbar mit den Folgen der Ausschlagung:

> Die Erben würden durch die rückwirkende Ausschlagung der dem Ueberlebenden gemachten Zuwendungen dessen Erwerb und damit ihre Erbfolge in diesem Erwerb, sowie folgeweise ihre Ausschlagungsbefugnis hinfällig machen.

Dieser Beweisführung liegt ein Trugschluss zugrunde, der auf der Bestimmung des § 1953, Abs. 1 beruht. In gewissem Sinne entzieht sich danach allerdings jeder Ausschlagende selbst die Legitimation zur Ausschlagung, denn, wenn es nach der Ausschlagung so angesehen wird, als sei die Erbschaft dem Ausschlagungsberechtigten niemals angefallen (§ 1953, Abs. 1), so – könnte man weiter folgern – hat er auch niemals das Recht gehabt, auszuschlagen. Allein es handelt sich in § 1953 doch nur um eine Fiktion. Der Trugschluss wird sofort offenbar, wenn z. B. der Ausschlagende die Ausschlagung erfolgreich angefochten hat. So auch beim gemeinschaftlichen Testament. Fechten dort die Erben aus dem gemeinschaftlichen Testament ihre Ausschlagung erfolgreich an, so erscheinen sie sogleich wieder als zu Erben legitimiert.

1) Meyer, Gem. Test., S. 55;
Herzfelder, § 2270/71, III B, 1;
Planck, § 2271, IV, 1a;
Berold, S. 40; Gärtner, S. 44;
Kagermann, S. 27; Mattes, S. 55.

Zur Ausschlagung ist stets nur derjenige berechtigt, dem die Erbschaft anfallen würde, falls sie nicht ausgeschlagen wird. Das sind aber allein die im gemeinschaftlichen Testament eingesetzten Erben, nur sie können wirksam ausschlagen, nicht also etwa die Erben, die im Widerrufstestament des überlebenden Gatten eingesetzt sind[1]. Denn entweder schlagen die Erben aus dem gemeinschaftlichen Testament die Erbschaft des erstverstorbenen Gatten aus, dann werden mit Wirksamkeit der Widerrufsverfügung des Ueberlebenden die dort Eingesetzten Erben, aber es bleibt nichts, was sie noch ausschlagen könnten, oder, die Erben aus dem gemeinschaftlichen Testament schlagen nicht aus, dann kann die Widerrufsverfügung des Ueberlebenden keine Wirksamkeit erlangen, und die darin Eingesetzten können schon gar nichts ausschlagen.

Im übrigen ist die Entscheidung dieser Streitfrage praktisch kaum von Bedeutung. Einmal werden die Fälle verhältnismässig selten sein, dass beide Ehegatten innerhalb kurzer Zeit versterben und ausserdem können die im gemeinschaftlichen Testament eingesetzten Erben der Widerrufsverfügung des letztverstorbenen Gatten immer dadurch Wirksamkeit verschaffen, dass sie die ihnen von diesem Erblasser zugewendete Erbschaft ausschlagen. Eine ausführlichere Erörterung dieser Frage würde hier zu weit führen und soll später in anderem Zusammenhange noch erfolgen.

Vorerst halten wir als Ergebnis dieses Abschnittes fest, dass auch die Erben des letztversterbenden Ehegatten die Erbschaft des erstverstorbenen noch ausschlagen und so der Widerrufsverfügung des letztverstorbenen Wirkung verschaffen können.

Der noch weitergehenden Meinung Leonhards[2], die Erben könnten auch ihrerseits noch die Verfügungen des Erblassers widerrufen, kann ich mich nicht anschliessen. Man wird es den Erben überlassen können, durch die Ausschlagung die äussere Voraussetzung für die Wirksamkeit des einmal erklärten Widerrufs zu schaffen, man kann ihnen aber nicht das Recht einräumen, über den Bestand der letztwilligen Verfügung willkürlich zu entscheiden. Ein

1) So Elden, S. 47.
2) Leonhard, § 2271, III C.

selbständiges Recht kann den Erben hierzu gewiss nicht zustehen, aber ebenso wenig können sie sich auf ein ererbtes Recht berufen. Mag dem Testator im Einzelfalle das Recht zustehen, seine letztwilligen Verfügungen widerrufen zu können, so erlischt dieses Recht doch mit seinem Tode, ist also auf die Erben nicht übertragbar[1].

Hat der längstlebende Ehegatte die Ausschlagungsfrist verstreichen lassen und somit die Erbschaft endgültig erworben, so ist er von nun ab an seine abhängigen Verfügungen unwiderruflich gebunden. Diese Verfügungen können nur Verfügungen zugunsten noch lebender Dritter sein. Die Verfügungen zugunsten des verstorbenen Gatten sind, ebenso wie Verfügungen zugunsten verstorbener Dritter, mit dem Tode des Bedachten bereits nichtig geworden. In der Literatur findet sich sehr häufig der Ausdruck "unwirksam"[2]. Er wird gebraucht im Gegensatz zu "nichtig", um den Weiterbestand der Verfügungen zugunsten des Ueberlebenden trotz Fortfalls der Gegenverfügung zu rechtfertigen. Denn nach dem Wortlaut des § 2270 fällt eine Verfügung nur fort, wenn die Gegenverfügung widerrufen oder nichtig ist, nicht also, wenn sie n u r unwirksam ist. Nun ist aber die Verfügung des Ueberlebenden zugunsten des Verstorbenen nicht "nur unwirksam". Die Begriffe "nichtig" und "unwirksam" müssen bei letztwilligen Verfügungen die gleichen sein wie bei jedem anderen Rechtsgeschäft. Unwirksam aber nennt man ein Rechtsgeschäft, solange es die von den Parteien als gewollt bezeichneten Rechtswirkungen nicht herbeiführen kann. Steht jedoch endgültig fest, dass das Geschäft niemals Wirksamkeit erlangen kann, so ist es nichtig[3]. Ist der Bedachte aber verstorben, so steht damit fest, dass er niemals Erbe werden kann – eine Verfügung zu seinen Gunsten ist also nichtig[4].

---

1) Kipp, § 28, Anm. 23.
Elden, S.47.
2) Meyer, Gem.Test., S. 51, Anm. 41;
Kipp, § 28, III, 1;
Berold, S. 33.
3) Enneccerus, § 189, I;
Siméon-David, I, § 224;
Oertmann, Die Rechtsbedingung, § 3;
v. Tuhr, § 55, S. 277/78.
4) So ausdrücklich v. Tuhr, a.a.O.;
siehe auch Dernburg, § 93, IV, 4;
a.M. Strohal, I, § 41, VI;
Planck, § 2270, 3d, allerdings ohne nähere Begründung.

Diese Nichtigkeit, die eintritt durch das Versterben des Bedachten kann aber nicht den Fortfall der Gegenverfügung zur Folge haben. Das ergibt sich aus der ganzen Natur der Sonderbestimmungen der §§2270, 2271. Sie sollen, wie schon bei der Untersuchung über den Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments ausgeführt wurde, mangels anderweitiger ausdrücklicher Bestimmungen der Eheleute, Auslegungsregeln geben für den Inhalt der Verfügungen der Erblasser. Die Anwendung dieser Bestimmungen darf daher nie zu Ergebnissen führen, die dem Willen der Erblasser offenbar zuwiderlaufen. Dieser Fall würde aber eintreten, wenn man § 2270 auch beim Tode eines Gatten zur Anwendung bringen wollte. Dann könnten die Ehegatten niemals einander zu Erben einsetzen, da ja mit dem Tode des einen Gatten die Verfügung zugunsten des Ueberlebenden stets unwirksam würde, so dass dieser überlebende Gatte entgegen dem Willen der Erblasser den Nachlass des anderen auf Grund des Testamentes gerade nicht erhalten würde.

Ebenso wenig wie der Tod eines der Ehegatten kann auch der Tod eines bedachten Dritten oder die Ausschlagung der Erbschaft durch ihn die entsprechende Gegenverfügung unwirksam machen[1]. Wieder wird man den Charakter und die Aufgabe der Bestimmungen der §§ 2270, 2271 in erster Linie zu berücksichtigen haben. Nach dem oben bereits hierzu Gesagten kann man zunächst die Ansicht ausschliessen, es handele sich bei den Vorschriften des § 2270, Abs. 1 um eine Art Verteilungsschlüssel für den Nachlass beider Erblasser in dem Sinne, dass diejenigen Dritten, die der eine der Ehegatten bedacht hat, unter allen Umständen nur erben können, wenn auch die von dem anderen Gatten eingesetzten Personen den ihnen zugedachten Teil der Erbschaft erhalten[2]. Eine solche Bestimmung würde nicht dem Willen b e i d e r Erblasser entsprechen. Zwar wird beim Fortfall eines der bedachten Dritten der Erblasser, dem dieser Dritte nahestand, nunmehr nicht mehr an seine Gegenverfügung zugunsten eines dem anderen Erblasser Nahestehenden gebunden sein wollen, aber das Interesse dieses anderen Erblassers am Bestande der Ver-

1) Kipp, § 28, III, 1; Meyer, Gem.Test., S. 44a; Herzfelder, § 2270/71, II; Planck, § 2270, 3b; a.M.: Leonhard, § 2270, III C; Dernburg, § 93, VI.
2) Dernburg, § 93, VI, 4.

fügung ist nach wie vor das Gleiche geblieben. Eine Auslegungsregel wie die des § 2271 kann aber nicht zur Durchsetzung des Willens nur eines der Erblasser gegen den Willen des anderen führen, es soll vielmehr dem vernünftigerweise anzunehmenden Willen beider Ehegatten Geltung verschafft werden. Die Aufgabe der Bestimmungen der §§ 2270, 2271 kann daher nur die sein, zu verhindern, dass Verfügungen des einen Erblassers zugunsten des anderen länger gültig bleiben, als dieser andere billigerweise erwarten kann. Hat einer der Ehegatten seinerseits alles Erforderliche getan, insbesondere die gewünschten Gegenverfügungen zugunsten des Dritten, den der Gatte bedacht sehen wollte, gültig getroffen und nicht widerrufen, so kann er aber gerade billigerweise erwarten, dass die Verfügung zugunsten des ihm nahestehenden Dritten aufrecht erhalten bleibt, selbst wenn die Gegenverfügung fortfallen sollte.

Aehnlich liegt der Fall, wenn gegen einen der Erblasser allein neue Pflichtteilsrechte begründet werden, sei es durch Nachkommen aus einer zweiten Ehe, durch Ehelichkeitserklärung eines unehelichen Kindes oder durch Annahme einer Person an Kindes Statt. Auch in diesen Fällen werden die Verfügungen des einen Gatten teilweise hinfällig, da sich dieser Fortfall aber unabhängig von einer neuen Willenserklärung dieses Gatten vollzieht, so bleiben die abhängigen Verfügungen des anderen Gatten dennoch gültig[1].

In allen diesen Fällen gibt der Fortfall der Gegenverfügung dem Erblasser also nicht die Freiheit wieder, andere letztwillige Verfügungen treffen zu können. Ist er mit dem Fortbestand seiner Verfügungen unter den neuen Verhältnissen nicht einverstanden, so kann er, falls sein Ehegatte noch lebt, die Verfügungen nach § 2271 widerrufen. Ist der Ehegatte bereits verstorben, so kann der Ueberlebende das Testament nach §§ 2079, 2081 anfechten.

Der Ehegatte, dessen Verfügung durch Vorversterben des Bedachten nichtig geworden ist, kann an Stel-

1) Planck, § 2271, VIII;
RG. 22, 277.

le dieser nichtigen Verfügung nun anderweitige Bestimmungen treffen. Er kann diese anderen Bestimmungen auch schon vorher getroffen haben, sie werden dann mit dem Fortfall des Bedachten unmittelbar wirksam. Ob der Fortfall des Bedachten durch Vorversterben oder Ausschlagung eintritt, ist unerheblich. So können also die Erben des überlebenden Ehegatten durch Ausschlagung der Erbschaft aus dem gemeinschaftlichen Testament widersprechenden Verfügungen dieses letztverstorbenen Ehegatten nach seinem Tode noch Gültigkeit verschaffen.

Die Erben können auch den Verzicht auf die Erbschaft schon zu Lebzeiten des Erblassers mit diesem vereinbaren. Der überlebende Ehegatte erlangt dann mit Abschluss der Erbverzichtsverträge wieder volle Verfügungsfreiheit über seinen Nachlass[1].

Schliesslich kennt das Gesetz selbst noch zwei Sonderfälle, in denen der überlebende Ehegatte berechtigt sein soll, anderweitige Verfügungen bzw. bestimmte Aenderungen der alten zu treffen. Der Ueberlebende kann seine Verfügungen zugunsten eines Dritten nach Massgabe des § 2336 aufheben, wenn dieser Bedachte sich einer Verfehlung schuldig gemacht hat, die einen Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigen würde[2]. Und ferner kann der Ueberlebende, falls der Bedachte ein Pflichtteilsberechtigter einer der beiden Ehegatten ist, ihm bei Verschwendung und Ueberschuldung die Beschränkungen des § 2338 von sich aus einseitig auferlegen[3].

Mit diesen Bestimmungen sind dann aber die Fälle erschöpft, in denen dem Ueberlebenden gestattet ist, seine abhängigen Verfügungen nach dem Tode des anderen Ehegatten zu widerrufen oder zu ändern. Es kann dies sehr leicht zu einer vollkommenen Unfähigkeit des Ueberlebenden führen, auch die geringste letztwillige Verfügung später noch wirksam errichten zu können. Das ist immer dann der Fall, wenn der Ueberlebende im gemeinschaftlichen Testament über seinen gesamten Nachlass abhängig ver-

1) Herzfelder, § 2270/71 B, 3;
"Recht" 1918, Nr. 1394; Warn.Ent.1918, Nr. 124;
OLG. Bd. 36, S. 236.
2) Dritte sind hier Pflichtteilsberechtigten gleichgestellt. § 2271, Abs. 2, Satz 2 in Verb.m. § 2294.
3) § 2271, Abs. 3, in Verb.b. § 2289, Abs. 2.

fügt hat. Dann würde jede Anordnung eines späteren Vermächtnisses oder einer Auflage die Rechte der im gemeinschaftlichen Testament Bedachten schmälern, und sich als unzulässiger Widerruf darstellen[1]. Eine ganz andere Frage, die nicht mit der vorliegenden verwechselt werden darf, ist die, ob ein teilweiser Widerruf einer abhängigen Verfügung möglich ist. Massgebend für die Beurteilung der Abhängigkeit von Verfügungen ist immer, ob »die Verfügung des einen (Ehegatten) nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde«. (§ 2270, Abs. 1). Es wird also für jeden Einzelfall davon auszugehen sein, ob der Gegentestator seine Verfügung auch ohne den fraglichen Teil der anderen Verfügung getroffen haben würde. (Herzfelder, § 2270/71, II; Planck, § 2270, 3c; Kom. v. RGR. § 2270, 2; Meyer, Gem.Test., S. 45; Berold, S. 21; Windels, S. 95). Sollte sich – ein übrigens wohl recht seltener Fall – aus dem Testament oder sonstigen Umständen ergeben, dass der andere Ehegatte seine Verfügung auch ohne diesen fraglichen Teil der Gegenverfügung getroffen haben würde, so liegt in dieser Höhe Abhängigkeit der Verfügungen nicht vor. Man sollte zur Vermeidung von Irrtümern in diesem Falle nicht von dem teilweisen Widerruf einer abhängigen Verfügung sprechen, sondern richtiger von dem Widerruf des nicht abhängigen Teils einer Verfügung. Abgesehen von diesen Fällen würde also nach dem Gesetz jede Anordnung eines Vermächtnisses oder einer Auflage nach dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten unmöglich sein.

Dieses Ergebnis muss wenig befriedigen, zumal, wenn man bedenkt, dass ein Ehegatte den anderen um viele Jahre überleben kann und ihm während dieser Zeit andere Personen nahetreten können, denen er im Testament auch gern etwas zuwenden möchte. Es ergibt sich also die Frage: Ist eine solche letztwillige Zuwendung bei Bestehen eines gegenseitigen gemeinschaftlichen Testamentes immer und unbedingt unzulässig?[2] Wieder wird man – wie bei all diesen Untersuchungen über die Bindung der Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament – davon ausgehen müssen, dass

1) Kipp, § 28, III, 2c; Leonhard, § 2271, V; Kormann, JW. 1912, S. 721 f.; Brütt, Arch.f.Bürg.Recht, Bd. 29, S.385 f.; Kom.v.RGR., § 2271, Anm. 3.

2) Siehe zu folgendem Brütt, a.a.O., insbes. S. 390 f.

die besonderen einschränkenden Bestimmungen des Gesetzes allein den Zweck haben, dem vernünftigerweise anzunehmenden Willen der Erblasser auch wenn er nicht zum Ausdruck gekommen ist, Anerkennung zu verschaffen. Der Wille der Erblasser wird in der grossen Mehrzahl der Fälle bei Errichtung ihrer abhängigen Verfügungen darauf gerichtet sein, den Nachlass den beiderseitigen Verwandten oder sonstigen nahestehenden Personen nach dem Tode des überlebenden Ehegatten in bestimmter Weise zukommen zu lassen. Dieser Wille geht aber im allgemeinen nicht dahin, den Ueberlebenden in seiner Verfügungsmacht vollkommen zu hemmen. Daher lässt es sich mit den Bestimmungen des § 2271 sehr wohl vereinen, wenn man die Befugnis zur Errichtung kleinerer Vermächtnisse allgemein als stillschweigend zugestanden ansieht. Die Höhe, in der solche Vermächtnisse zulässig erscheinen, wird sich meist nur im Einzelfalle bestimmen lassen. Einen Anhaltspunkt kann vielleicht die Bestimmung des Allgemeinen Landrechts, § 628, II, 1 geben. Dort war festgelegt, dass bei Erbverträgen Vermächtnisse später noch bis zur Höhe von 5 % des Nachlasses zulässig sein sollten, sofern dieses Recht nicht ausdrücklich ausgeschlossen war. Einer ausdrücklichen Ausschliessung bedarf es beim gemeinschaftlichen Testamente natürlich nicht; geht aus dem Testament oder sonstigen Umständen irgendwie ein gegenteiliger Wille der Erblasser hervor, so ist die Errichtung auch der geringsten anderweitigen Verfügung unbedingt ausgeschlossen. Hat der Ueberlebende höhere Verfügungen getroffen, als nach dem Vorstehenden zulässig erscheint, so sind zwei Fälle zu unterscheiden, jenachdem, ob die Verfügung gutgläubig oder bösgläubig getroffen worden ist. War der Erblasser gutgläubig, so ist das Vermächtnis, gültig bis zu der Höhe, in der der Ueberlebende wirksam Verfügungen errichten konnte. Handelte er dagegen böswillig, so liegt hierin ein Verstoss gegen die guten Sitten und die gesamte Verfügung ist nach der allgemeinen Vorschrift des § 138 nichtig. Es ist nicht zu leugnen, dass dem Richter in bezug auf die Höhe noch wirksamer Verfügungen ein weitgehendes Ermessen eingeräumt ist, aber solche Fälle richterlichen Ermessens finden sich auch sonst im bürgerlichen Recht.

Betrachten wir zum Schluss nochmals im grossen Ueberblick die Wirkung eines gegenseitigen gemeinschaft-

lichen Testamentes auf die Verfügungsfreiheit der Erblasser, so kommen wir zu der Feststellung, dass das Gesetz bei verständiger Auslegung seiner Bestimmungen dem einzelnen Erblasser die grösstmöglichste Verfügungsfreiheit lässt, ihn andererseits aber auch dort fest bindet, wo das Interesse und Vertrauen des anderen Testators eine feste Bindung erfordert.

Viel freier als beim gemeinschaftlichen Testament sind die Erblasser bei einem gegenseitig bedingten Testament in bezug auf die Errichtung anderweitiger letztwilliger Verfügungen. Beim gegenseitig bedingten Testement gibt es keine Bestimmungen, die den Widerruf der abhängigen Verfügungen einschränken, einer bestimmten Form unterwerfen oder gar ganz unmöglich machen. Jeder der beiden Erblasser kann seine Verfügung ohne Kenntnis des Gegenverfügenden ganz oder teilweise aufheben – selbst nach dem Tode des Erstversterbenden. Ein Ausschluss oder sonst eine Beschränkung des Widerrufsrechts etwa ähnlich den Bestimmungen des § 2271 kann von den Parteien nicht rechtswirksam vereinbart werden[1]. Ein Veräusserungsverbot würde nicht nur gemäss § 137 der dinglichen Wirkung entbehren, sondern auch als obligatorische Verpflichtung nichtig sein (§ 2302)[2]. Der überlebende Erblasser kann also die Erbschaft annehmen, jahrelang die Nutzungen ziehen, ohne dadurch in der Verfügungsfreiheit über seinen Nachlass irgendwie beschränkt zu werden. Erst mit der Errichtung anderweitiger Verfügungen wird sein Recht auf den Nachlass des erstverstorbenen Erblassers hinfällig. Entspricht schon dieser Umstand wenig dem Willen der Erblasser bei einer strong gegenseitigen Verfügung, so kommt noch hinzu, dass bei einem einfachen Testament der Widerruf der Verfügungen nicht an eine besondere Form gebunden werden kann[3], also auch keine Gewähr besteht, dass der andere Erblasser, bzw. seine Erben oder das Nachlassgericht von dem Widerruf der Verfügungen zuverlässig Kennt-

1) Soll nach dem Wortlaut der Verfügungen ein Widerruf ausgeschlossen sein, so kann ein Erbvertrag vorliegen, der dann aber zu seiner Wirksamkeit der besonderen Form des § 2276 bedarf. OLG. 40, 146; Planck, v. §2265, 4.
2) Leonhard, § 2302, I; Recht, 1911, Nr. 525.
3) Leonhard, § 2302, IV.
Eine sog. derogatorische Klausel ist unwirksam.
Herzfelder, § 2257, II.

nis erhalten. So kann es schliesslich dazu kommen, dass ein böswilliger Erblasser bis zu seinem Tode den Genuss der Erbschaft hat und dass sich dann herausstellt, dass er vielleicht schon einige Tage nach der Errichtung der gemeinsamen gegenseitig bedingten Testamente seine Verfügungen durch ein anderweitiges Testament widerrufen hatte. Zwar verhindert die Bedingung einen endgültigen Anfall der Erbschaft an den Gegentestator bzw. seine Erben, aber das gegenseitig bedingte Testament bietet darüber hinaus keine Gewähr für ein Bekanntwerden des Eintritts der Bedingung und somit auch keine Gewähr für den Verbleib der Erbschaft dem Willen des verstorbenen Erblassers gemäss bis zum Tode des überlebenden.

Hierin liegt ein entscheidender Nachteil des gegenseitig bedingten Testaments gegenüber dem gemeinschaftlichen Testament. Wohl behält der einzelne Erblasser völlig freie Hand in bezug auf die Errichtung letztwilliger Verfügungen, aber auch der andere Erblasser ist an seine Verfügungen nicht gebunden, so dass schliesslich jeder von ihnen dem guten oder bösen Willen des Gegentestators schutzlos ausgeliefert ist.

Man könnte einwenden, dass dieser Nachteil nicht so erheblich sei, jedenfalls die Brauchbarkeit des gegenseitig bedingten Testamentes in der Praxis nicht wesentlich beeinträchtige, da in der Mehrzahl der Fälle nur solche Personen gegenseitig bedingte Testamente errichten werden, die einander nahestehen, wie Eheleute, Geschwister, gute Freunde usw., so dass ein illoyales Verhalten des Ueberlebenden nur ausnahmsweise in Betracht kommen wird.

Hiergegen ist aber zu bemerken, dass einmal ein Rechtsinstitut nur dann zur allgemeinen Verwendung empfohlen werden kann, wenn es auch in Ausnahmefällen seine Aufgabe erfüllt und hinzu kommt ferner, dass gerade in Erbschaftsangelegenheiten eine unbedingte Zuverlässigkeit auch nahestehender Personen nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden darf.

Man kann bei Untersuchungen wie die vorliegende über die Brauchbarkeit eines Rechtsinstitutes nicht nur von den rechtlichen Möglichkeiten ausgehen, sondern man wird vor allem auch den tatsächlichen Verhältnissen Rech-

nung tragen müssen. Aehnlich der sogenannten »Steuermoral« kann man, wenn auch nicht in dem gleichen Umfange, eine besondere »Erbenmoral« feststellen. Nicht in dem Sinne, dass grössere Teile der Bevölkerung die Benachteiligung eines Erben in gleicher Weise billigen würden, wie eine Steuerhinterziehung, aber doch so, dass der Anspruch auf eine Erbschaft allgemein nicht als ein gleichwertiger Anspruch gilt, wie etwa ein Anspruch aus einem Kauf- oder Mietvertrage oder sonst einem Schuldverhältnis. Das hat seinen Grund wohl hauptsächlich darin, dass der Erbe seinen Anspruch erwirbt, ohne ihn durch eine Gegenleistung »verdient« zu haben. Diese Auffassung, dass der Erwerb durch Erbschaft eine Art ungerechtfertigter Bereicherung sei, wird nicht nur von weiten Kreisen als politische Meinung vertreten, die Folgerungen, die sich daraus ergeben müssen – eine Beschränkung oder Aufhebung dieses Anspruches – finden sich auch heute schon zum Teil in der Praxis verwirklicht. Zwar hält das Gesetz im Bürgerlichen Gesetzbuch an einer unbeschränkten Vererbung des Vermögens fest, dafür entzieht es aber durch das Erbschaftssteuergesetz dem Erben den Nachlass wieder, je nach den Umständen des Einzelfalles, bis zu 90 % !![1] Zwar erstreben das Gesetz, wie auch die noch weitergehenden politischen Forderungen die Beschränkung des Erben stets nur zugunsten der Allgemeinheit, da der Anspruch auf eine Erbschaft aber überhaupt als ein Anspruch minderer Art empfunden wird, so achtet auch der Einzelne diesen Anspruch oft nicht in gleicher Weise, wie etwa den Anspruch eines Gläubigers aus einem Rechtsgeschäft unter Lebenden.

Hinzu kommt ferner, dass der grössere Teil der Menschen in seiner einfachen, gegenwartsgebundenen Denkweise sich einem Toten gegenüber nicht in gleicher Weise gebunden fühlt, wie einem Lebenden. Einen Toten kann man nicht mehr kränken oder erzürnen und zumal, wenn seit seinem Tode eine Reihe von Jahren verstrichen ist, hat der Ueberlebende sich daran gewöhnt, seine Entschlüsse ohne Rücksicht auf den verstorbenen Ehegatten, Bruder oder Freund zu treffen.

Fasst man dies alles zusammen: das allmähliche Schwinden des Gefühls einer Gebundenheit dem verstorbenen

1) § 28, II des Erbschaftssteuergesetzes.

Testator gegenüber und die Geringschätzung des Erbenanspruchs allgemein, so hat man die Gründe, weshalb man auch in einem gegenseitig bedingten Testament die unbedingte Zuverlässigkeit des Ueberlebenden nicht ohne weiteres voraussetzen kann[1].

Da im gegenseitigen Testament strenge Gegenseitigkeit der Verfügungen in erster Linie gewährleistet sein sollte, bedeutet die völlige Verfügungsfreiheit der Erblasser im gegenseitig bedingten Testament einen erheblichen Nachteil gegenüber der zuverlässigen Bindung der Erblasser beim gemeinschaftlichen Testament.

2. In bezug auf dritte Personen.

a) Die Stellung und Ansprüche der bedachten Dritten nach dem Testament.

Ein Dritter kann in einem gegenseitigen Testament eingesetzt sein, wie in jeder anderen letztwilligen Verfügung. Er kann also allein, neben anderen, vor oder nach anderen Dritten oder dem anderen Testator zum Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht sein und so fort. Es kann nicht unsere Aufgabe sein, jede dieser Möglichkeiten eingehend zu untersuchen, zumal nicht in den Fällen, für die die Rechtsfolgen sich aus den allgemeinen Bestimmungen zum Testament ohne weiteres ergeben. Es soll daher hier nur der praktisch weitaus häufigste und rechtlich allein interessante Fall näher untersucht werden, dass der Dritte eingesetzt ist zum Erben beider Erblasser auf den Todesfall des zuletzt Versterbenden von ihnen. Der Dritte kann dann, wie schon kurz erörtert wurde, eingesetzt sein als Nacherbe des zuerst Verstorbenen hinsichtlich des von diesem hinterlassenen Vermögens und als Erbe des Ueberlebenden in bezug auf dessen Vermögen. Oder der Dritte ist erst für den Tod des Letztversterbenden eingesetzt als Er-

1) Wollen Nichtehegatten unter allen Umständen streng gegenseitige Verfügungen treffen, so empfiehlt es sich, für sie die Form des gegenseitigen Erbvertrages zu wählen, auf dessen weitgehende Uebereinstimmung mit dem gemeinschaftlichen Testament mehrfach hingewiesen worden ist.

be des Gesamtvermögens der beiden Erblasser.

Der Unterschied der beiden Einsetzungen besteht darin, dass im ersten Falle der Dritte schon mit dem Tode des Erstversterbenden eine rechtliche Anwartschaft auf dessen Erbschaft erwirbt, während im zweiten Falle der überlebende Erblasser alleiniger Vollerbe des Erstversterbenden wird und dem Dritten mehr als eine blosse Aussicht auf einen eventuellen späteren Anfall der Erbschaft nicht zusteht. Welchen der beiden Wege die Erblasser gewählt haben, ist nicht immer leicht zu ermitteln. Zunächst kommt der Wortlaut der letztwilligen Verfügungen in Betracht. Allein die Ausdrucksweise der Testatoren wird mangels genügender juristischer Kenntnisse ihrem wahren Willen oft nicht gerecht werden. So verbürgt z. B. die Bezeichnung des oder der Dritten als Nacherben keineswegs sicher, dass die Erblasser die Einsetzung der Dritten als Nacherben auch wirklich beabsichtigt haben[1]. Für die Bezeichnung des zum Erben des letzten Erblassers eingesetzten Dritten gibt es keinen gebräuchlichen Ausdruck. So kommt es, dass sowohl der eigentliche Nacherbe als auch der zum Erben des letztversterbenden Erblassers eingesetzte Dritte als Nacherben bezeichnet werden. In manchen Fällen wird sich eine Auslegung der Verfügung aus dem Zusammenhange mit den übrigen Bestimmungen des Testamentes entnehmen lassen, so z. B. wenn die Erblasser für den Ueberlebenden eine Befreiung von den Vorschriften der §§ 2113 ff. angeordnet haben[2] oder wenn von zwei bzw. von einem gemeinsamen Vermögen die Rede ist[3] usw. Aber darüber hinaus gibt es, wie die Praxis gezeigt hat, noch eine grössere Anzahl von Fällen, in denen ein bestimmter Wille der Erblasser nicht mit Sicherheit zu ermitteln ist. Das Gesetz hat daher für das gemeinschaftliche Testament in § 2269 die Auslegungsregel aufgestellt, dass – wenn im übrigen die Ehegatten sonst nur einander gegenseitig bedacht haben – im Zweifel anzunehmen ist, "dass der Dritte für den gesamten Nachlass als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt ist".

1) OLG., Bd. IV, S. 427 und Bd. 21, S. 363.
2) JW 1911, Nr. 27, S. 220.
3) OLG., Bd. 21, S. 338.

Dann erwirbt der Dritte, wie eingangs schon erwähnt, mit dem Anfall der Erbschaft an den Ueberlebenden noch keine rechtlich gesicherte Anwartschaft auf die Erbschaft. Er muss also selbst den Tod des letztversterbenden Ehegatten erleben, wenn er Erbe werden bzw. ein vererbliches Recht erwerben soll[1]). Sind schlechthin die Verwandten des verstorbenen Gatten eingesetzt, so bestimmt sich erst mit dem Tode des Ueberlebenden, wer von ihnen zum Erben berufen ist. Nur wenn der Dritte ein Abkömmling des Erblassers war, treten seine Abkömmlinge gemäss § 2069 im Zweifel an seine Stelle. Auf Abkömmlinge des Erstversterbenden könnte diese Bestimmung dem Wortlaut des Gesetzes nach nicht zur Anwendung kommen, denn auch sie gelten ja nach § 2296 ausdrücklich als durch den überlebenden Ehegatten eingesetzt. Aber dieses unbegründete und unverständliche Ergebnis wird nicht durch den Sinn der Bestimmungen des § 2269 gerechtfertigt und man wird die Wirkung dieser Auslegungsregel nicht weiter ausdehnen dürfen, als ihr Zweck es erfordert. Die Bestimmungen des § 2069 müssen also auch in bezug auf die Abkömmlinge des erstverstorbenen Ehegatten analog zur Anwendung kommen[2]).

Im übrigen ist – soweit die Aussicht auf den späteren Erwerb der Erbschaft in Frage steht – dem überlebenden Ehegatten gegenüber das Fehlen einer gesicherten Anwartschaft für den Dritten beim gemeinschaftlichen Testament in der Regel ohne Bedeutung. Denn das Gesetz selbst schützt die Rechte des Dritten, indem es dem Ueberlebenden nach Erwerb der Erbschaft einen Widerruf der Verfügungen zugunsten des Dritten nicht mehr gestattet.

Wie ist aber die Rechtslage, wenn der überlebende Ehegatte die Erbschaft gar nicht endgültig erwirbt – wenn er sie ausschlägt? Ueber die rechtliche Stellung des Dritten für den Fall einer Ausschlagung der Erbschaft durch den Ueberlebenden wird das Testament in der Mehrzahl der Fälle keine unmittelbare Auskunft geben, da die Erblasser bei Errichtung ihrer letztwilligen gegenseitigen Verfügungen im allgemeinen von der für sie selbstverständlichen Voraussetzung ausgehen, dass der

1) Leonhard, § 2269, III A;
RG. Gruch. Bd. 50, S. 391.
2) Leonhard, zu § 2269, III A;
Planck, § 2269, II, 2a.

überlebende Ehegatte die Erbschaft des Vorverstorbenen behalten werde. Schlägt nun aber der Ueberlebende die Erbschaft aus, so lässt sich die Stellung des Dritten für diesen Fall nur dadurch feststellen, dass man die rechtliche Bedeutung seiner Einsetzung für den Fall des Todes des überlebenden Ehegatten klar stellt, und dann an Hand des Gesetzes ermittelt, welche Stellung einem in dieser Weise auf den Todesfall eingesetzten Dritten im Falle der Ausschlagung zukommt.

Die Mehrzahl der Schriftsteller[1] vertritt die Ansicht, dass jeweils zwei verschiedene letztwillige Anordnungen jedes Erblassers vorliegen. Einmal für den Fall, dass der Verfügende zuerst sterben sollte, die Anordnung der Einsetzung des anderen Ehegatten und zweitens für den Fall, dass der Verfügende seinen Gatten überleben werde, die Anordnung der Einsetzung des oder der Dritten als Erben. Es handelt sich also dieser Auffassung nach um zwei bedingte Verfügungen, bei denen es sich mit dem Tode des erstversterbenden Ehegatten entscheidet, welche der beiden Verfügungen gelten soll. Diese Auffassung hat zur Folge, dass beim Tode des einen Erblassers seine Verfügung zugunsten des Dritten vollkommen wegfällt, da sie ja nur für den Fall des Ueberlebens getroffen war. Hieraus ergeben sich aber für eine Reihe von Fällen Folgen, die weder mit dem Willen der Erblasser vereinbar, noch auch allgemein zu billigen sind. Schlägt z. B. der überlebende Ehegatte die Erbschaft aus, so fällt sie, da eine anderweitige testamentarische Verfügung nach Ansicht dieser herrschenden Meinung nicht vorhanden ist, dem überlebenden Ehegatten als dem gesetzlichen Erben wieder an[2]. Das hat zur Folge, dass der überlebende Ehegatte sich in all diesen Fällen den Beschwerungen durch abhängige Verfügungen leicht entziehen kann[3]. Er verliert durch die Aussohla-

1) Strohal, § 43, Anm. 26; Planck, § 2269, Anm. II, 1; Herzfelder, § 2269, Anm. II; Kom.v.RGR. § 2269, II; Loewenwald, S. 70; Goldmann Gruch. Bd.48, S. 73; KG. 43, S. 104.

2) Neben Erben ersten Grades zu einem Viertel, neben Erben zweiten Grades oder Grosseltern des Verstorbenen zur Hälfte, allen anderen gesetzlichen Erben gegenüber aber ganz, § 1931.

3) Köhne-Feist, Die Nachlassbehandlung, § 118 B, 5; Herzfelder, § 2269, 3; Drewes, JW, 1925, S. 2104; KG, Bd. 38, S. 110.

gung nichts[1] und wird aller seiner Bindungen ledig, ein Umstand, der wie Neumann[2], ein Anhänger der herrschenden Meinung, zugeben muss, dem überlebenden Ehegatten geradezu "einen Anreiz zur Durchkreuzung der gemeinschaftlichen Verfügung bieten kann".

Auch wenn man mit Strohal[3] und David[4] annehmen wollte, der Ueberlebende könne in einem solchen Falle seine Verfügungsfreiheit nur wiedererlangen, wenn er auch die ihm gesetzlich anfallende Erbschaft ausgeschlagen hat, so ist damit für die rechtliche Stellung des Dritten in vielen Fällen noch nichts gewonnen. Die Erbschaft würde nunmehr den gesetzlichen Erben des erstverstorbenen Ehegatten anfallen, die oft nicht dieselben Personen sein werden wie die im Testament bedachten Dritten.

Erwähnt sei noch ein Beispiel, das Güthe[5] in diesem Zusammenhange anführt. Gesetzt den Fall, die Ehegatten sterben gleichzeitig, z. B. in einer gemeinsamen Gefahr (§ 20), so würde der eingesetzte Dritte nach Ansicht der h. M. nicht Erbe werden, denn er soll von jedem Erblasser ausdrücklich nur für den Fall eingesetzt sein, dass dieser seinen Ehegatten überlebe. Diese Regelung entspricht aber sicher nicht dem Willen der Erblasser.

Man wird also untersuchen müssen, ob nicht eine andere Auffassung der rechtlichen Bedeutung der Verfügungen der Ehegatten denkbar ist, die sowohl dem Rahmen des § 2269 entspricht, als auch dem Willen der Erblasser besser gerecht wird. Zunächst sei festgestellt, dass im Gesetz keinerlei Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass eine andere Auffassung als die erwähnte nicht auch zulässig sein sollte. Wenn auch bei der Entstehung des § 2269 wie aus den Motiven[6] zum bürgerlichen Gesetz hervorgeht, im wesentlichen die gleiche Auffassung zugrunde gelegen hat, wie sie jetzt von der herrschenden Meinung vertreten wird, so kommt diesem Umstand irgend welche zwingende Bedeutung doch nicht zu. Im Gesetz ist lediglich eine bestimmte Norm

1) Meyer, Gem.Test., S. 56;
Cosack, II, § 389, III, 3c.
2) Neumann, JW, 1911, S. 166.
3) Strohal, § 43, A, S. 342 f.
4) Simeon-David, § 152, Anm. 9.
5) Güthe, a.a.O., S. 48.
6) Mot. Bd. V, S. 338.

festgelegt. Ihre rechtliche Konstruktion, wie die beratende Kommission sie sich dachte, ist damit aber nicht Bestandteil des Gesetzes geworden.

So wird denn auch in der Literatur von einigen Schriftstellern[1] eine andere Auffassung vertreten. Diese Schriftsteller gehen davon aus, dass in § 2269 die Einsetzung des Dritten auf gemeinsamer Anordnung der Ehegatten beruhe, dass es sich um einen Gesamtakt handele. Jeder Ehegatte verfüge nicht nur allein über sein Vermögen, sondern räume dem anderen Ehegatten das Recht ein, mit darüber zu verfügen.

Auf die Folgen, die sich im einzelnen aus dieser Ansicht ergeben, soll nicht näher eingegangen werden, denn die Grundauffassung, von der sie ausgeht, die Einräumung eines Mitverfügungsrechtes für den anderen Ehegatten kann nicht gebilligt werden[2], da sie in Widerspruch steht zu der Bestimmung des § 2064, wonach jeder Erblasser nur persönlich von Todes wegen verfügen kann.

Die beiden in der Literatur vertretenen Auffassungen führen also nicht zu einer befriedigenden Lösung. Somit bleibt nur übrig, den Versuch zu machen, unabhängig hiervon eine andere Lösung zu suchen. Bei einem solchen Versuch wird zweckmässigerweise zunächst vom Vortlaut der Verfügungen der Erblasser auszugehen sein. Die Ehegatten testieren in ihrem gemeinschaftlichen Testamente im allgemeinen etwa folgendermassen: Wir setzen uns gegenseitig zu Erben ein. Nach dem Tode des Ueberlebenden soll die Erbschaft an "die Dritten" fallen – wobei "die Dritten" Verwandte, Freunde, auch eine Stiftung oder sonst irgendwelche erbfähigen Personen sein können. Zur Durchführung einer näheren Untersuchung der Bedeutung dieser Einsetzung der Dritten empfiehlt es sich, die gemeinschaftliche Verfügung der Ehegatten in die Einzelerklärungen eines jeden von ihnen zu zerlegen. Die Verfügung des einen Ehegatten kann dann bedeuten: Zum Erben setze ich meinen Gatten ein, sollte ich ihn überleben, so soll die Erbschaft an die "Dritten" fallen[3]. Sie kann aber auch ebenso gut be-

1) P. Meyer, Lehrb., § 59, I, S. 391; Dernburg, § 94, II; Henle, DJZ. 1904, S. 303; Güthe, a.a.O., S. 41 ff.; Kiss, Arch. Bürg. Recht, Bd. 125, S. 175 ff.
2) Leonhard, § 2269 B.
3) so die h. M.

deuten: Zum Erben setze ich meinen Gatten ein. Sollte mein Gatte vor mir verstorben sein, so soll die Erbschaft an die »Dritten» fallen. – Es ist dann der andere Gatte zunächst als Alleinerbe eingesetzt, aber auch die Dritten sind eingesetzt und zwar »für den Fall, dass der andere Ehegatte vor dem Eintritt des Erbfalls wegfällt». Sie sind also nach dem Wortlaut des § 2096 Ersatzerben[1]. Der Gegensatz dieser Auffassung zu der herrschenden Meinung liegt darin, dass nicht wie dort die beiden Verfügungen sich im Bestande gegenseitig ausschliessen, vielmehr sind sie nebeneinander gültig, die Verfügungen zugunsten der Dritten allerdings unter der aufschiebenden Rechtsbedingung, dass der andere Ehegatte die Erbschaft nicht antreten kann[2].

Für den Regelfall, dass der überlebende Ehegatte die Erbschaft behält, ergeben sich aus dieser Auffassung dieselben Folgen wie aus der Auffassung der herrschenden Meinung. Mit der Annahme der Erbschaft durch den überlebenden Ehegatten ist der Erbgang vollständig erledigt. Die Dritten haben keinerlei Anwartschaft auf die Erbschaft und sind für den gesamten Nachlass erst als Erben des zuletztversterbenden Ehegatten eingesetzt. Die hier vertretene Auffassung von der rechtlichen Bedeutung der Einsetzung der Dritten wird demnach den Bestimmungen des § 2269 in ganzem Masse gerecht. Der Vorzug dieser Auffassung gegenüber der der h. M. zeigt sich vor allem in den befriedigenden Ergebnissen, zu denen sie auch in all den Fällen führt, die nicht gerade den Regelfall des § 2269 bilden. Ist der Dritte, wie wir annehmen, eingesetzt als Ersatzerbe für den Fall, dass der zunächst berufene Erbe nicht annehmen kann, so gilt er im Zweifel auch als eingesetzt für den Fall, dass der zunächst Berufene die Erbschaft nicht annehmen will (§ 2097). Ein »Anreiz für die Durchkreuzung der gemeinschaftlichen Verfügung» (s. oben S. 64) ist dann nicht mehr gegeben; denn, schlägt der überlebende Ehegatte die Erbschaft aus, so fällt sie dem Dritten als Ersatzerben an. Und zwar fällt sie an den bzw. die Dritten, die der Erblasser bedacht sehen wollte und nicht an seine gesetzlichen Erben

1) OLG., Bd. 44, S. 101; Mirre, S. 281; RG., Bd. 60, S. 115, allerdings ohne aus dieser Feststellung weitere Folgen zu ziehen.
2) Oertmann, Rechtsbedingung, § 32, II.

schlechthin. Auch in dem Beispiel Güthes (S. 64) führt unsere Auffassung zu der allein befriedigenden Entscheidung, dass der Dritte Erbe der Ehegatten wird. Wir kommen also zu dem Ergebnis, dass die Einsetzung des Dritten im § 2269 als Einsetzung zum Ersatzerben aufzufassen ist[1].

Hieraus ergeben sich bei gegenseitigen Verfügungen einige Folgen, die dem Willen der Erblasser zunächst nicht zu entsprechen scheinen. So fällt die Erbschaft des erstverstorbenen Gatten nach der Ausschlagung durch den überlebenden den »Dritten« allgemein, also zum Teil auch denjenigen an, die der verstorbene Erblasser nur mit Rücksicht auf seinen Ehegatten im Testament bedacht hatte – ein Ergebnis, an dem keiner der Ehegatten ein Interesse haben wird. Aber diesen Dritten, die allein dem überlebenden Ehegatten nahestehen, bleibt dieser Teil der Erbschaft nur, wenn der Ueberlebende seine Verfügungen aus dem gemeinschaftlichen Testament nicht widerruft. Widerruft der Ueberlebende nicht, dann fällt aber auch den Dritten, die dem erstverstorbenen Gatten nahestanden, beim Tode des Ueberlebenden dessen Erbschaft an, in dem Umfange, in dem sie im gemeinschaftlichen Testament eingesetzt waren. Die Verteilung der Erbschaft ist also nach dem Tode beider Ehegatten so, wie sie bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testamentes beabsichtigt war. Die Ausschlagung hat lediglich zur Folge, dass die Dritten einen Teil der Erbschaft bereits zu einem früheren Zeitpunkte erhalten, als ursprünglich von den Erblassern beabsichtigt war. Widerruft aber der überlebende Ehegatte nach der Ausschlagung seine Verfügungen des gemeinschaftlichen Testamentes, so fällt mit dem Wirksamwerden des Widerrufs der Verfügungen zugunsten der Dritten, die dem verstorbenen Gatten nahestanden, auch dessen Verfügung zugunsten der Dritten, die dem Ueberlebenden nahestehen, fort (§ 2270, I) und der freiwerdende Teil der Erbschaft des Erstverstorbenen wächst denjenigen an (§ 2094, I), die dieser Gatte im gemeinschaftlichen Testament nach dem Tode des Längstlebenden bedacht wissen wollte.

Die hier vertretene Auffassung von der rechtlichen Bedeutung der Einsetzung der Dritten im gemeinschaft-

1) Mattes, S. 71 unter b, allerdings ohne nähere Ausführungen.

lichen Testament wird also auch im streng gegenseitigen Testament in ihren Folgen bei Ausschlagung mit oder ohne Widerruf der Verfügungen durch den Ueberlebenden, dem Willen der Erblasser in ganzem Umfange gerecht. Der Nachlass des Erstverstorbenen fällt - das sei nochmals hervorgehoben - nicht seinen gesetzlichen Erben schlechthin oder gar dem böswillig ausschlagenden Ehegatten zu, sondern er gelangt an diejenigen Personen, die dem Verstorbenen nahestanden und denen er durch das Testament die Erbschaft zuwenden wollte.

Allerdings fällt ein Teil der Erbschaft den Ersatzerben erst mit dem Tode des Ueberlebenden an, denn ein gemeinschaftliches Testament kann nach dem Ableben des einen Ehegatten nur durch eine anderweitige letztwillige Verfügung des Ueberlebenden aufgehoben werden. Eine Aufhebung durch Rücknahme des Testamentes aus der amtlichen Verwahrung (§ 2256) ist nur beiden Ehegatten gemeinsam gestattet (§ 2272). Auch die Vernichtung oder Veränderung des Testamentes in der Absicht, es aufzuheben (§ 2255) kann von einem Gatten nur im Einverständnis mit dem anderen rechtswirksam vorgenommen werden[1] - ist also gleichfalls unzulässig, wenn der andere Gatte verstorben ist. Der Widerruf durch letztwillige Verfügung aber kann Wirksamkeit erst mit dem Tode des Verfügenden haben, denn bis dahin könnte der Testator die Widerrufsverfügung jederzeit noch widerrufen, so dass seine endgültig letzte Verfügung sich erst bei seinem Tode feststellen lässt[2]. Dieses Ergebnis ist zweifellos unbefriedigend, aber die entgegengesetzte Ansicht Plancks, die Verfügung werde bereits mit Errichtung der Widerrufsverfügung unwirksam, lässt sich nicht hinreichend begründen. Planck[3] verweist auf seine Ausführungen über den Widerruf bei § 2271. Nun ist es zwar richtig, dass dort wegen der besonderen Form, die für den Widerruf bei Lebzeiten beider Ehegatten vorgeschrieben ist, ein Widerruf des Widerrufs nicht möglich ist. Aber einmal handelt es sich im § 2271 I gar nicht um einen Widerruf durch letztwillige Verfügung, wie im vorliegenden Falle, sondern um einen Widerruf durch Erklärung gegenüber dem

1) Planck, § 2272, 3.
2) Strohal, § 43a, zu Anm. 34;
Meyer, Gem.Test., S. 56, unter dd;
Kipp, § 28, III, 2c.
3) Planck, § 2271, IV, 1b γ .

anderen Ehegatten und ausserdem gilt auch in § 2271 diese Vorschrift einer besonderen Form gerade nicht für den Fall, dass der andere Gatte bereits verstorben ist (§2271, II) und der Ueberlebende also nur noch durch letztwillige Verfügung widerrufen kann.

Dieses unbefriedigende Ergebnis, dass der Dritte einen Teil der Erbschaft erst nach dem Tode des überlebenden Ehegatten erhält, ist unabhängig von der Auffassung der rechtlichen Bedeutung der Einsetzung des Dritten. Es hat seinen Grund allein in den allgemeinen Bestimmungen über das Testament, die einen Ausschluss der Widerruflichkeit nicht zulassen (§ 2253, I).

Aehnlich wie im gemeinschaftlichen Testament ist die Stellung des Dritten im gegenseitig bedingten Testament. Auch hier erlangt er dadurch, dass der verstorbene Erblasser seine Verfügung zugunsten des Ueberlebenden davon abhängig gemacht hat, dass dieser seine Verfügungen zugunsten des Dritten nicht widerrufe, noch keine feste Anwartschaft auf den Nachlass des erstverstorbenen Erblassers. Aber auch im gegenseitig bedingten Testament hat jeder der Erblasser den Dritten zum Erben eingesetzt »für den Fall, dass der andere Erblasser vor ihm verstorben sein sollte«. Der Dritte ist also auch im gegenseitig bedingten Testament zum Ersatzerben berufen[1]. Seine Stellung ist hier in gewisser Beziehung sogar erheblich günstiger als im gemeinschaftlichen Testament. Der Widerruf des Ueberlebenden kann nicht erst notwendigerweise mit dem Tode dieses Erblassers Wirksamkeit erlangen. Im gegenseitig bedingten Testament ist dem Ueberlebenden die Aufhebung seiner Verfügungen auch möglich durch Zurücknahme seines Testaments aus der amtlichen Verwahrung und durch Vernichtung oder Veränderung des Testamentes in der Absicht, es aufzuheben. Ausserdem wird der Wille der Erblasser wohl auch regelmässig dahingehen, dass bei einem Widerruf der Gegenverfügung durch Errichtung eines widersprechenden Testamentes die Verfügung des anderen Erblassers bereits mit Errichtung dieses Testaments fortfallen soll. Jedenfalls empfiehlt sich eine Fassung der Bedingung in diesem Sinne, um zu verhindern, dass, wie beim gemeinschaftlichen Testament, die Verfügungen erst mit Wirksam-

1) A.M. Mot., Bd. V, S. 256.

keit der Widerrufsverfügungen, d. h. mit dem Tode des anderen Erblassers unwirksam werden.

Aber wenn auch in dieser Beziehung das gegenseitig bedingte Testament dem Dritten einen gewissen Vorteil bietet gegenüber seiner Stellung im gemeinschaftlichen Testament, so ist die gesamte Rechtsstellung des Dritten im gegenseitig bedingten Testament doch erheblich unsicherer als dort. Denn beim gegenseitig bedingten Testament gibt es, wie oben ausgeführt wurde, keinerlei feste Bindung der Erblasser an ihre Verfügungen, so dass der überlebende Testator dem Dritten die Erbschaft unter Umständen noch lange Zeit vorenthalten kann, auch wenn er seine Verfügungen längst widerrufen hatte und seine Einsetzung im Testament des Erstverstorbenen somit hinfällig geworden war. Für den Dritten ergeben sich in diesem Falle allerdings eine Reihe von Ansprüchen gegen den böswilligen Ueberlebenden bzw. seinen Nachlass. So kann der Dritte neben Herausgabe der Erbschaft auch Herausgabe der unrechtmässig gezogenen Nutzungen verlangen (§§ 2130, 812, 818, 819). Ferner kann der Dritte Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch das Vorenthalten der Erbschaft entstanden ist, (§ 826); denn es verstösst wider die guten Sitten, wenn der Ueberlebende auch nach dem Widerruf seiner Verfügungen die Erbschaft dem Dritten vorenthält und die Nutzungen zieht, obwohl er weiss, dass er dazu nicht mehr berechtigt ist. Schliesslich kann dem Dritten noch ein Anspruch gegen andere Dritte zustehen, wenn der überlebende Erblasser die ihm durch seine Stellung als Vorerben gesetzten Schranken überschritten hat (§ 2113 ff.). War der andere Dritte gutgläubig, so kann von ihm allerdings nur Herausgabe einer noch vorhandenen Bereicherung verlangt werden (§ 2113, III; § 818, I, Satz 2). Aber alle diese Ansprüche, die dem Dritten gegen den überlebenden Erblasser zustehen, haben nur einen Wert, wenn der Dritte vom Widerruf der Verfügung Kenntnis erlangt. Da dieser Widerruf aber in jeder Form, also auch durch eigenhändiges Privattestament erfolgen kann, so wird es einem böswilligen Testator nicht schwer fallen, die Errichtung der anderweitigen Verfügungen bis zu seinem Tode geheim zu halten. Der Dritte kann seine Ansprüche dann allerdings dem Nachlass, d. h. den Erben gegenüber geltend machen, aber bis dahin können seit Errichtung der Widerrufsverfügungen unter Umständen Jahrzehnte verstrichen sein, die

Erbschaft kann verbraucht sein usw. So bieten also diese Ansprüche, die dem Dritten erwachsen, nur einen geringen Ausgleich gegenüber den Nachteilen, die seine Stellung im gegenseitig bedingten Testament im Vergleich zu seiner Stellung im gemeinschaftlichen Testament aufweist.

b) Die Ansprüche Dritter nach dem Gesetz.

Ausser den Ansprüchen aus dem gegenseitigen Testament kann dem Dritten noch ein gesetzlicher Anspruch auf den Nachlass zustehen. Dieser gesetzliche Anspruch auf den sogenannten Pflichtteil (§ 2303) wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Dritte zum Erben des längstlebenden der beiden Erblasser eingesetzt ist[1]. Selbst nicht durch eine ausdrückliche Bestimmung im Testament können die Erblasser den Anspruch auf den Pflichtteil bis zum Tode des Ueberlebenden hinausschieben. Das Recht auf den Pflichtteil entsteht mit dem Tode des Erblassers kraft Gesetzes und kann nur in den besonderen Fällen der §§ 2333–35 entzogen werden. Dieser Umstand kann von einem Pflichtteilsberechtigten dazu ausgenutzt werden, sich den anderen Erben gegenüber einen unberechtigten Vorteil zu verschaffen, indem er beim Tode des erstversterbenden Ehegatten den Pflichtteil verlangt und dann beim Tode des letztversterbenden seinen vollen Erbteil beansprucht[2]. Für die Ansicht Goldmanns[3], dass durch Geltendmachung des Pflichtteilrechts der Anspruch auf die Erbschaft untergehe, findet sich keine genügende Stütze im Gesetz. Leonhard[4] empfiehlt die erweiterte Anwendung der Bestimmungen des § 2306. Zwar ist der Dritte im gemeinschaftlichen Testament im allgemeinen nicht als Nacherbe eingesetzt, so dass ihm auch mit dem Tode des erstversterbenden Gatten noch nichts zufällt, was er ausschlagen könnte, aber »die Vorschrift des § 2306 muss dann eben dahin umgedeutet werden, dass durch die Geltendmachung des Pflicht-

1) Leonhard, § 2269, IV.
Planck, § 2269, 2c.
2) Herzfelder, § 2269, 3; Kom.v.RGR., § 2269, 2;
Gärtner, S. 47; Kagermann, S. 22.
3) Goldmann, Gruch. Beitr. Bd. 48, S. 77.
4) Leonhard, § 2269, IV.

teils das Nachfolgerecht zerstört wird"[1]. Es fragt sich hierbei nur, ob eine so weit gehende Anwendung des dem § 2306 zugrunde liegenden Rechtsgedankens sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch rechtfertigen lässt. Eine fast gleiche Rechtslage wie beim gemeinschaftlichen Testament findet sich beim gegenseitig bedingten Testament. Auch hier ist dem Pflichtteilsberechtigten des erstverstorbenen Erblassers nichts zugefallen, was er rechtsgültig bei Geltendmachung des Pflichtteils ausschlagen könnte und auch hier würde der pflichtteilsberechtigte Dritte entgegen dem Willen der Erblasser einen Vorteil erlangen, wenn er beim Tode des Erstversterbenden den Pflichtteil und beim Tode des Letztversterbenden seinen Anteil an der Erbschaft voll verlangen könnte. In diesem Falle müsste also § 2306 gleichfalls analog Anwendung finden. Es ergäbe sich somit positiv gefasst der allgemeine Rechtssatz, dass ein Pflichtteilsberechtigter, der irgend einem Erben gegenüber seinen Pflichtteil geltend macht, ein für alle Mal vom Erwerb dieser Erbschaft ausgeschlossen sein sollte, wenn die Zuwendung dieser Erbschaft nicht offensichtlich auf dem freien Willen des Erblassers beruht. Dieser Rechtssatz wäre an sich denkbar und als Sondervorschrift für das gegenseitige Testament auch durchaus zu rechtfertigen – aber die allgemeine Bestimmung des § 2306 allein reicht meiner Ansicht nach nicht aus, die Grundlage für eine so weitgehende Vorschrift im heutigen Recht zu bilden.

Aus dem Gesetz kann somit eine Beschränkung des Pflichtteilberechtigten nicht entnommen werden. Eine solche Beschränkung könnte sich aber vielleicht mit einem dahingehenden Willen der Erblasser begründen lassen. Man müsste dann als stillschweigend erklärten Willen der Ehegatten annehmen, dass ein Erbe, der vom Nachlass des erstversterbenden Gatten den Pflichtteil verlangt, vom Nachlass des Letztversterbenden auch nur den Pflichtteil erhalten soll[2]. Bei dieser Regelung liesse sich allerdings auch nicht vermeiden, dass der Pflichtteilsberechtigte jedenfalls den geforderten Pflichtteil aus dem Nachlass des erstverstorbenen Ehegatten doppelt bekommt[3]: ein-

1) Leonhard, a.a.O.
2) Kom.v.RGR., § 2269, 2; Z.D.Not.V.1904, S. 404.
3) Kipp, § 27, nach II c; Kom.v.RGR., § 2269, 2; Leonhard, § 2269, IV.

mal beim Tode dieses Gatten aus dessen Vermögen und später beim Tode des Letztversterbenden nochmals aus dem jetzt gemeinsamen Vermögen der beiden Ehegatten, so dass bei einem starken Ueberwiegen des Vermögens des erstverstorbenen Ehegatten der unzufriedene Pflichtteilsberechtigte nur wenig verliert und den Vorteil hat, einen Teil der Erbschaft unter Umständen sehr erheblich früher zu erhalten als die anderen Erben.

Aber dieser Wille der Erblasser – der Pflichtteilsberechtigte solle bei einer Geltendmachung seines Pflichtteilsrechts vom Nachlasse des überlebenden Gatten auch nur den Pflichtteil erhalten – wird sich im allgemeinen nicht mit genügender Sicherheit feststellen lassen. Man könnte z. B. mit gleichem Recht als Willen der Erblasser annehmen, dass bei Geltendmachung des Pflichtteils durch einen Erben den anderen ein Vermächtnis in gleicher Höhe zufallen solle[1].

Ohne nähere Angaben im Testament lässt sich also auch auf den Willen der Erblasser eine Beschränkung des Pflichtteilsberechtigten nicht begründen. Es empfiehlt sich daher, im gemeinschaftlichen Testament besondere Bestimmungen in Hinsicht auf die Pflichtteilsberechtigten zu treffen. Diese Bestimmung erstreckt man zweckmässigerweise nicht nur auf die gemeinsamen Pflichtteilsberechtigten zur Zeit des Todes eines der Erblasser, sondern auf alle Pflichtteilsberechtigten, die möglicherweise einem von beiden Ehegatten erstehen können. Der wohl häufigste Fall, der neue Pflichtteilsrechte auf den Nachlass eines der Erblasser begründet, ist die Eingehung einer zweiten Ehe nach dem Tode des anderen Gatten. Der zweite Ehegatte sowie Abkömmlinge aus dieser Ehe sind, falls im Testament keine besonderen Vorkehrungen getroffen werden, beim Tode des Überlebenden erb- und pflichtteilsberechtigt auf das ganze Vermögen, auch soweit es vom ersten Ehegatten des Verstorbenen stammt. Sie können ferner das gemeinschaftliche Testament nach § 2079 anfechten[2] mit der Wirkung, dass die Verfügungen des Ueberlebenden und mit ihnen die abhängigen Verfügungen des erstverstorbenen Ehegatten nichtig bzw. unwirksam werden. Um dieses zu vermeiden, empfiehlt es sich, gemeinsamen Abkömmlingen allge-

1) Planck, § 2269, 2e; Jastrow, Z.D.Not.V.1904, S. 425.
2) Planck, § 2271, Anm. VIII.

mein für den Fall der Begründung neuer Pflichtteilsrechte gegen den überlebenden Ehegatten ein Vermächtnis in Höhe von 3/4 des Wertes des Nachlasses des zuerst versterbenden Gatten zu gleichen Teilen auszusetzen[1].

Beim gegenseitig bedingten Testament ist, wie oben näher ausgeführt wurde, die Rechtslage in bezug auf pflichtteilsberechtigte Dritte im wesentlichen die gleiche wie im gemeinschaftlichen Testament. Ein gewisser rein tatsächlicher Unterschied besteht insofern, als beim gegenseitig bedingten Testament der Dritte meist nicht gegenüber beiden Testatoren pflichtteilsberechtigt sein wird, so dass die Erblasser ihn für den Fall, dass er den Pflichtteil verlangen sollte, von der weiteren Erbschaft gänzlich ausschliessen können.

Die rechtliche Stellung des Dritten ist, wie sich nunmehr abschliessend feststellen lässt, im gegenseitig bedingten Testament in fast allen Punkten die gleiche wie im gemeinschaftlichen Testament. Ein wesentlicher Unterschied besteht aber insofern, als der im gegenseitig bedingten Testament bedachte Dritte dem überlebenden Erblasser gegenüber nicht im gleichen Masse gesichert ist, wie der im gemeinschaftlichen Testament eingesetzte Erbe.

1) Meyer, Gem.T., S. 53.
Jastrow, Muster 159 b, § 3.

C. Schlussbemerkung.

Am Schluss dieser Ausführungen soll das Ergebnis unserer Untersuchungen nochmals kurz zusammengefasst werden und gleichzeitig soll das gegenseitige Testament, vor allem unter dem Gesichtspunkt der Brauchbarkeit für den allgemeinen Verkehr, einer letzten abschliessenden Beurteilung unterzogen werden.

Obwohl das gegenseitige Testament nur eine Unterart des gewöhnlichen Einzeltestaments ist, ergeben sich, wie wir festgestellt haben, eine ganze Reihe von Einzelfragen, die einer besonderen Regelung bedürfen.

Diese Regelung hat das Gesetz für das gegenseitige gemeinschaftliche Testament in den §§ 2265 ff. in nahezu vollkommener Weise getroffen, so dass bei verständiger Auslegung dieser Bestimmungen das gegenseitige gemeinschaftliche Testament dem Willen der Erblasser in jeder Weise gerecht wird. § 2267, der sich in der Praxis als eine häufige Fehlerquelle erwiesen hat, sollte aufgehoben werden und in bezug auf den Widerruf empfiehlt sich eine Bestimmung, die die Wirkung des Widerrufs nach § 2270 bereits bei Errichtung der anderweitigen Verfügungen eintreten lässt.

Das gegenseitig bedingte Testament ist von diesen Nachteilen des gemeinschaftlichen Testamentes frei und hinzu kommt ferner, dass gegenseitig bedingte Testamente nicht nur von Ehegatten, sondern von beliebigen Personen und auch von einer beliebigen Anzahl von Personen errichtet werden können. Aber bei einem gegenseitig bedingten Testament ist, wie sich bei näherer Untersuchung ergab, nicht die gleiche Gewähr geboten für strenge Gegenseitigkeit der Verfügungen wie im gemeinschaftlichen Testament, da die wertvollen gesetzlichen Vorschriften des § 2271 sich durch rechtsgeschäftliche Bestimmungen nicht voll ersetzen lassen.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, dass das gegenseitige Testament nur in der Form des gemeinschaftlichen Testaments allen Anforderungen an strenge Gegenseitigkeit

der Verfügungen gerecht wird. Die Errichtung eines gegenseitig bedingten Testamentes aber kann nur dann empfohlen werden, wenn die Person des anderen Erblassers volle Sicherheit bietet für ein loyales Verhalten dieses anderen Erblassers im Falle eines Widerrufs seiner Verfügungen.

L i t e r a t u r .

Asch: Der Erbe, seine Rechte und seine Pflichten. Berlin 1925.

Bähr: Gegenentwurf zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Cassel 1892.

Baron: Das Erbrecht in dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich im Arch.Ziv.Prax. Bd. 75, S. 177 ff.

Berold: Der Widerruf des gemeinschaftlichen Testamentes des Bürgerlichen Gesetzbuches. Jurist.Diss.Leipzig 1918.

Beseler: Die Lehre von den Erbverträgen. Göttingen 1840.

Boehm: Das Erbrecht des BGB. Hannover 1900.

Brütt: Inwieweit kann nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ein Ehegatte, welcher ein korrespektives Testament errichtet hat, noch einseitig Vermächtnisse und Auflagen anordnen? Arch.Bürg.R., Bd. 29, S. 385 ff.

Cosack: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II, 6. Aufl., Jena 1913.

Dernburg: Lehrbuch der Pandekten. Bd. III. Berlin 1901.

Dernburg: Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches. Bd. III, Halle 1896.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht, Bd. V. Deutsches Erbrecht. 3. Aufl. Halle 1911.

Eck-Leonhard: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. III. 1/2. Aufl. Berlin 1904.

Eichhorn: Die Nachteile des eigenhändigen Testamentes. Z.D.Not.V. 1901, S.241 ff.

Elden: Die rechtliche Stellung des gemeinschaftlichen Testamentes zum Einzeltestament und Erbvertrag. Jur.Diss. Freiburg 1929.

Elsas: Die Unterschiede des von Ehegatten errichteten gemeinschaftlichen Testamentes und eines von Ehegatten abgeschlossenen Erbvertrages. Jur.Diss. Rostock 1901.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. III. Bd. Erbrecht. 8/9. Aufl. Berlin 1919.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I. Allgem.Teil. 30/34.Aufl. Marburg 1920.

Friedländer: Sittengeschichte Roms. Leipzig 1910.

Gärtner: Die Erbfolge nach § 2269.Jur.Diss. Breslau 1923. (Maschinenschrift).

Goldmann: Das gemeinschaftliche Testament unter besonderer Berücksichtigung des Berliner Testaments in Gruchot. Bd. 48., S. 64 ff.

Güthe: Zur Auslegung des § 2269, I. BGB. in Z.D.Not.V. 1902. S. 41 ff.

Hartmann: Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten. Braunschweig 1860.

Hellwig: Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

Hendrichs: Die rechtliche Natur des gemeinschaftlichen Testamentes nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Jur. Diss. Rostock 1901.

Hergt: Das gegenseitige gemeinschaftliche Testament und der gegenseitige Erbvertrag nach dem bürgerlichen Recht des Deutschen Reiches. Jur. Diss. Marburg 1907.

Hölder: Das eigenhändige Testament in Jherings Jahrb., Bd. 41, S. 303 ff.

Hölder: Das Datum des eigenhändigen Testaments, Jherings Jahrb., Bd. 50, S. 277 ff.

Hoepfner: Die Richtigkeit der Datierung als Formerfordernis bei den Testamenten. Jur. Diss. Breslau 1927.

Jastrow: Formularbuch und Notariatsrecht, II. Teil, Formularbuch, 15. Aufl. 1910.

Jastrow: Wie können sich Eheleute bei einem Testament nach § 2269 gegen die Vereitelung ihrer Absichten durch Pflichtteilsansprüche der Kinder sichern? Z.D.Not.V. 1904, S. 425.

Kagermann: Die Bindung der Ehegatten und die Anfechtung letztwilliger Verfügungen bei einem wechselseitigen Testament nach Deutschem Bürgerlichem Recht. Jur.Diss. Erlangen 1913.

Kipp: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, 3. Abt. Erbrecht, 7. Bearbeitg. 19/21. Aufl. Marburg 1928.

Kipp-Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.

Kiss: Die juristische Konstruktion der korrespektiven Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament, Arch. Bürg.Recht, Bd.25, S. 175 ff.

Köhne-Feist: Die Nachlassbehandlung, 4. Aufl.,1917.

Kormann: Die Tragweite des Widerrufsverbotes beim gemeinschaftlichen korrespektiven Testament. JW 1912, S.721 ff.

Kretzschmar: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1910.

Lassalle: Das Wesen des römischen und gemeinen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwicklung, Leipzig 1861.

Leonhard: Kommentar zum BGB und seinen Nebengesetzen. 5. Buch, Erbrecht, 2. Aufl. Berlin 1912.

Leonhard: Das römische Recht. In der Encyklopädie der Rechtswissenschaften herausgegeben von Birkmeyer, 2. Aufl., Berlin 1904.

Loewenwald: Die gemeinschaftlichen Testamente im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich mit eingehender Berücksichtigung der bisherigen Rechtssysteme. Berlin 1899.

Mantey: Zwei erbrechtliche Fragen, In Gruchot, Bd. 52, S. 384 ff.

Mattes: Das gemeinschaftliche Testament nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jur.Diss. Giessen 1902.

Meyer: Das Erbrecht des BGB für das Deutsche Reich. Marburg 1910.

Meyer: Das gemeinschaftliche Testament des Bürgerlichen Gesetzbuches. Marburg 1908.

Mirre: Das gemeinschaftliche Testament und die Erbschaftssteuer. Z.D.Not.V.Bd.12, S. 281 ff.

Mommsen: Das eheliche Güterrecht des Entwurfes eines BGB im Arch.Ziv.Prax., Bd. 76, S. 161 ff.

Oertmann: Die Rechtsbedingung, Leipzig-Erlangen 1924.

Planck-Unzner: Bürgerliches Gesetzbuch. 5. Bd. 1929.

Reichel: Zur Lehre vom gemeinschaftlichen Testament. 2 Rechtsgutachten, Jena 1915.

Reichsgerichtsräte-Kommentar. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten, 6. Aufl., V.Bd., Erbrecht, bearbeitet von Michaelis und Seyffarth, Berlin-Leipzig 1928.

Schultheiss: Die Gültigkeitsdauer der gemeinschaftlichen Dorftestamente. Z.Bl.F.G. 17, S. 174 ff.

Sell: Versuche im Gebiet des Zivilrechts, Giessen 1833.

Siméon-David: Recht und Rechtsgang, 12/13. Aufl.1924.

Sohm: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 16. Aufl., München und Leipzig 1920.

v.Staudinger-Herzfelder: Kommentar zum BGB und Einführungsgesetz V. Bd., Erbrecht, 9. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1928.

v.Staudinger-Riezler: Kommentar zum BGB und Einführungsgesetz, Bd. I, Allgem.Teil, 9.Aufl., München-Berlin-Leipzig 1925.

Steinfeld: Ueber den Grundsatz der bene volentia für die Gültigkeit letztwilliger Zuwendungen. Jur.Diss. Marburg 1884.

Stobbe: Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd. V, 2. Aufl., Berlin 1885.

Strohal: Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I, 3. Aufl., Berlin 1903/04.

Thibaut: Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. Jena 1817.

v. Tuhr: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts. München-Leipzig 1914.

Windels: Das gemeinschaftliche Testament. Jur.Diss. Leipzig 1903.

Motive: zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. V, Erbrecht, Berlin 1888.

Protokolle: der Kommissionen für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. V, Erbrecht, Berlin 1899.

Zusammenstellung: der gutachtlichen Aeusserungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, gefertigt vom Reichsjustizamt, Bd. 5, Berlin 1890:

L e b e n s l a u f .

Am 30. Januar 1905 als Sohn des Kaufmanns Otto vom Hofe zu Neuwied a/Rhein geboren, wandte ich mich nach Bestehen der Reifeprüfung an der Goethe-Reform-Oberrealschule zu Berlin-Wilmersdorf gleichfalls dem Kaufmannsberufe zu. Während meiner Tätigkeit bei der Daimler-Motoren-Gesellschaft hörte ich an der Handelshochschule Berlin als Hospitant Vorlesungen über Volkswirtschaftslehre und Arbeitsrecht.

Im Sommersemester 1925 nahm ich in Berlin das juristische Studium auf. Von Herbst 1925 ab studierte ich drei Semester in Marburg Jura und Nationalökonomie und vollendete dann meine Studien in Berlin, wo ich am 6. Juli 1929 vor dem Prüfungsamt beim Kammergericht die erste juristische Staatsprüfung bestand.

--====oOo====--